# Uebergang der Gefahr

## bei Gattungsschulden

## nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

an der Universität Breslau

von

**Wilhelm Cuno,**
Kammergerichtsreferendar.

---

BRESLAU
1901.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0110

Meinen Eltern gewidmet.

*In omnibus quidem maxime*
*tamen in iure aequitas spectanda est.*
*(l. 90. D. de div reg. 50. 17).*

# Inhalts-Verzeichnis.


Seite

Litteratur . . . . . VII

§ 1. Vorbemerkung . . . . . 1

**Abschnitt I. Einleitung.**

§ 2. a) Gefahr, Gefahrtragung, Gefahrübergang . . . . . 2

§ 3. b) Gattungsschuld . . . . . 5

**Abschnit II. Dogmengeschichtliche Entwickelung.**

§ 4. a) Der Uebergang der Gefahr bei Gattungsschulden bis zum Jahre 1841 . . . . . 9

§ 5. b) Der Streit der gemeinrechtlichen Theorien seit 1841 . . 11

§ 6. c) Stellung der neueren Gesetzgebung und Litteratur . . . 18

**Abschnitt III. Der Uebergang der Gefahr bei Gattungsschulden im allgemeinen nach B.G.B.**

**A. Einleitung.**

§ 7. Form der Bestimmung . . . . . 20

§ 8. Entstehungsgeschichte der Bestimmung . . . . . 23

§ 9. Inhalt der Bestimmung . . . . . 24

**B. Voraussetzungen des Gefahrüberganges.**

§ 10. 1. Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes . . . . . 24

2. Sonstige Pflichten des Schuldners

a) bei der gewöhnlichen Gattungsschuld

§ 11. *α)* Platzschuld . . . . . 25

§ 12. *β)* Distanzschuld . . . . . 29

§ 13. b) bei Gattungsschulden mit Versendungsgedinge . . . 30

§ 14. c) bei nachträglich eintretender Gefahrerhöhung . . . . 37

§ 15. d) bei Annahmeverzug des Gläubigers . . . . . 40

§ 16. e) bei Parteiabrede . . . . . 43

§ 17. 3. Resultat . . . . . 45

Seite

**Abschnitt IV. Folgerungen der Gefahrnormierung.**

§ 18. a) für die Notwendigkeit der Ausscheidung . . . . . 47
§ 19. b) für das *ius variandi* des Gläubigers oder des Schuldners . 50
§ 20. c) für die Möglichkeit des Zurückgehens der Gefahr auf den Schuldner . . . . . 54
§ 21. d) Resultat . . . . . 56

**Abschnitt V. Uebergang der Gefahr bei den einzelnen Gattungsschulden.**

§ 22. Gattungskauf . . . . . 57
§ 23. Schenkungsversprechen einer nur der Gattung nach bestimmten Sache . . . . . 60
§ 24. Eisernviehvertrag des B.G.B. . . . . 61
§ 25. Darlehn . . . . . 63
§ 26. Werklieferungsvertrag . . . . . 66
§ 27. Uneigentlicher Verwahrungsvertrag . . . . . 70
§ 28. Uneigentlicher Niessbrauch . . . . . 71
§ 29. Gattungsvermächtnis . . . . . 72
§ 30. Würdigung . . . . . 73

# Litteratur.


**Baron**, Pandekten, 8. Auflage 1893.
**Bechmann**, Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. I 1876, Bd. II 1884.
**Bekker**, Zur Lehre vom Genuskauf in den Jahrbüchern des gemeinen Rechts, Bd. V S. 350 f.
**Berndorff**, Die Gattungsschuld, 1900.
**Beseler**, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 4. Auflage 1885.
**Brinz**, Pandekten Band II 2, 2. Auflage.
**von Buchka**, Das gemeine Recht und das B.G.B., 3. Auflage 1899.
**Bunsen**, Einführung in das B.G.B., Band I 1896.
**Cosack**, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Band I, 2. Auflage 1899.
**Crome**, Französisches Civilrecht, Band II, 8. Auflage 1894/95.
do. Die purtianische Rechtsgeschichte, 1897.
**Dernburg**, Pandekten, 5. Auflage 1896.
do. Preussisches Privatrecht, 5. Auflage 1896.
do. Das bürgerliche Recht, Band II, 1899.
**Eck**, Gattungskauf in Weiskes Rechtslexikon, Band II, S. 7.
**Endemann**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Auflage 1899.
**Engelmann**, Das alte und neue bürgerliche Recht, 1899.
**Enneccerus und Lehmann**, Das bürgerliche Recht, Band I, Lfg. 2 1900.
**Flatau**, Das Tragen der Gefahr beim Gattungskauf, Inaugural-Dissertation, Breslau 1880.
**Fischer-Henle**, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Auflage 1899.
**Förster-Eccius**, Preussisches Privatrecht, Band I, 7. Auflage 1896/97.
**Gareis**, Das Kaufgeschäft in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Band II S. 540 f. 1881/84.
**Glück**, Erläuterungen der Pandekten, Band XVII.
**Goldmann und Lilienthal**, Bürgerliches Gesetzbuch Heft 1.
**Goldschmidt**, Handbuch des Handelsrechts, 3. Auflage.
do. Zeitschrift des Handelsrechts, Band III.
**Goose**, Ueber den casus (in den Jahrbüchern für Dogmatik, Band IX, S. 211 f.).
**Haidlen**, B.G.B. mit Motiven und Vorarbeiten, Band I 1897.
**Hanausek**, Die Haftung des Verkäufers für Beschaffenheit der Ware, 1883—1887.
**Haver**, Die Gattungsschuld, 1900.
**Heilfron**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band II, 1898.
**Heyer**, Beiträge zur Lehre vom Kauf (Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Band XV S. 1).
**Hofmann**, Periculum beim Kauf, 1870.
**Jakubetsky**, Bemerkungen zum Entwurfe eines B.G.B.
**von Jecklin**, in Gruchots Beiträgen, Band XXXVI S. 855.
**Ihering**, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt in seinen Jahrbüchern für Dogmatik, Band IV S. 366 f.
**Karlowa**, in Grünhuts Zeitschrift, Band XVI S. 437.
do. Römische Rechtsgeschichte, Band II, 1892.
**Kohler**, in den Jahrbüchern für Dogmatik, Band XVII S. 395.
**Kuhlenbeck**, B.G.B. erläutert, 1899.

**Laband**, Zum 2. Buche des Entwurfs eines B.G.B. (Archiv für civilistische Praxis, Band 73, S. 175).
**Landé**, B.G.B. erläutert, 1897.
**Leonhard**, Der Entwurf eines B.G.B., 1891.
**Leske**, B.G.B. und A.L.R., 1. und 2. Auflage 1900.
**Matthiass**, Lehrbuch des B.G.B., Band I, 1899.
**Meisner**, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
**Mommsen**, Beiträge zum Obligationenrecht, Abteilung I, 1859.
**Neumann**, in Gruchots Beiträgen, Band XXXIII.
**Niemeyer**, *depositum irregulare*, 1889.
**Oertmann**, Kommentar zum B.G.B., Oblig. Recht, 1899.
do. Zufall bei der Werkverdingung in Grünhuts Zeitschrift, Band XXIV.
**Planck**, Kommentar zum B.G.B., 1899.
**Puntschart**, Fundamentale Rechtsverhältnisse des römischen Rechts.
**Regelsberger**, Ueber die Tragung der Gefahr beim Genuskauf, Archiv für civilistische Praxis, Band 49 S. 183.
**von Savigny**, Obligationenrecht, Band I.
**Scherer**, Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B., 1899.
**Schmitz**, Beiträge zur Lehre vom Genuskauf, Inaugural-Dissertation, Göttingen 1894.
**Schollmeyer**, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 1897.
do. Kommentar zum B.G.B., Buch II, 1899.
**Skolny und Caro**, Erläuterungen zum B.G.B., 1900.
**Stammler**, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.
**Staudinger**, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
**Stintzing**, *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio*, Jahrbuch für Dogmatik, Band X Nr. 3.
**Stobbe**, Handbuch des deutschen Rechts, Band III, 2. Auflage 1884/85.
**Strübe**, B.G.B.
**Thöl**, Lehrbuch des Handelsrechts, Auflage 4.
**Ubbelhode**, im Archiv für civilistische Praxis, Band 85.
**Vangerow**, Pandekten, 7. Auflage 1875.
**Wächter**, Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? Archiv für civilistische Praxis, Band XV S. 97.
**Wendt**, Pandekten, 1888.
**Weyl**, Vorträge über B.G.B, Band I, 1898.
**Windscheid**, Pandekten, Band II, 7. Auflage 1891.
**Wolff**, Uebergang der Gefahr auf den Käufer nach den Bestimmungen des A.D.H.G.B. (Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts, Band XXII, S. 88.

---

Soweit eine Verwechselung nicht zu befürchten war, sind die vorstehenden Schriftsteller nur mit ihrem Namen citiert.

---

Die in der Abhandlung ohne Angabe eines Gesetzes genannten Paragraphen beziehen sich auf das Bürgerliche Gesetzbuch.

## § 1. Vorbemerkung.

Mit der Erleichterung der Verkehrsverhältnisse wächst die Zahl der Fälle, in denen Vertragsschluss und Erfüllung zeitlich und örtlich getrennt sind. Hiermit rückt die Möglichkeit eines dazwischen liegenden Unfalls näher. Schon deshalb ist die Frage nach dem Zeitpunkt des Gefahrüberganges für das heutige Recht von besonderer Bedeutung. Sie gewinnt bei Gattungsschulden an Interesse, da diese im Grosshandel der Gegenwart die bei weitem Mehrzahl der rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten bilden.

Hinsichtlich des Ganges der Erörterung erscheint es zweckmässig, zunächst eine Erklärung der hierbei zu berücksichtigenden Begriffe zu geben.

Sodann wird in einem allgemeinen Teile der Grundsatz des B.G.B., also das für alle Gattungsschulden Geltende, festgestellt und in einem besonderen Teile ausgeführt werden, wie das Prinzip auf die einzelnen Gattungsschuldverhältnisse Anwendung gefunden oder, in Ermangelung besonderer Vorschriften, Anwendung zu finden hat.

Da jedoch die Bestimmungen des B.G.B., wie durchweg, so auch in der vorliegenden Frage, gleichsam den Schlussstein einer langen Entwickelungsperiode bilden, so erscheint es vor allem zur Würdigung des B.G.B. notwendig, im 1. Teile der Abhandlung einen Ueberblick über den dogmengeschichtlichen Entwickelungsgang der Lehre zu geben.

---

Abschnitt I.

# Einleitung.

## § 2. a) Gefahr, Gefahrtragung, Gefahrübergang.

Wir müssen jederzeit damit rechnen, dass unsere Güter von einem Unfall getroffen werden, der unser Vermögen mindert, durch den wir mithin einen Schaden erleiden. Diese Möglichkeit eines Schadens bezeichnet man als Gefahr.

Der Schaden kann entweder in dem Untergange oder in der blossen Verschlechterung eines Vermögensbestandteils bestehen.

Demnach wäre Gefahr die Möglichkeit des Unterganges oder der Verschlechterung eines Vermögensbestandteils.[1])

Diese Begriffsbestimmung der Gefahr ist jedoch für den Juristen nicht verwendbar. Denn in ihr kommt nicht zum Ausdruck, ob die Vermögensminderung für den Betroffenen durch Zufall oder durch Verschulden verursacht ist.

In der folgenden Abhandlung kann bloss die Gefahr im technisch-juristischen Sinne in Betracht kommen. Diese aber umfasst, wie schon das *periculum* der Römer,[2]) nur die Möglichkeit einer durch Zufall[3]) verursachten Vermögensminderung.

Unter Zufall im Sinne des B.G.B. verstehen manche, z. B. Endemann,[4]) alles, was der oder die Beteiligten nach Lage der

---

[1]) Flatau S. 19, B.G.B. § 446.

[2]) So l. 16 D. de. peric. et com. 18/6: *periculum . . . quod sine dolo intervenerit.* — § 3 J. de empt. et vend. 3, 23 *periculum quidquid sine dolo et culpa accidit.* — l. 17 § 2 D. de praescr. verb. 19, 5 *dolum et culpam praestandam esse . . . . . periculum non.* — Fr. Vat. § 101 *culpam non etiam periculum praestare,* sowie der Satz: *casum sentit dominus.* — Vgl. ferner Flatau S. 21, Wächter S. 107, Hofmann S. 3. — Anderer Meinung Mommsen S. 238 ff. unter Verweisung auf l. 39 § 12 D. de adm. et peric. 26/7, § 14 eod. *periculum neglegentiae.* l. 54 D. de act. empt. vend. 19/1, l. 25 § 7 D. loc. cond. 19/2.

[3]) B.G.B. §§ 446, 588 u. a. knüpfen die Ordnung der Gefahrtragung an den zufälligen Untergang oder die zufällige Verschlechterung einer Sache.

[4]) Endemann S. 491, für gem. Recht, Goose S. 197.

Umstände, insbesondere nach dem Charakter des vorliegenden Rechtsverhältnisses, nicht zu vertreten haben.

Dass dadurch der Zufallsbegriff des B.G.B. getroffen wird, ist um so unwahrscheinlicher, als nach B.G.B. auch der Zufall bisweilen vertreten werden muss.[5]) Auch ist es deshalb bedenklich, aus den Vertretungsvorschriften den Begriff des Zufalls zu entnehmen, weil diese ihn wohl voraussetzen, nicht aber bestimmen.[6])

Zutreffender wird man Zufall gleich „Nichtschuld" setzen, d. h. einem Ereignis, das ohne Zuthun und Wollen der Parteien eintritt.

Mithin würde Gefahr die Möglichkeit jeder Vermögensminderung sein, die durch einen ohne Zuthun und Wollen der Parteien eintretenden Umstand verursacht ist.

Allein auch hiermit wird eine abschliessende Erklärung von Gefahr im juristischen Sinne nicht gegeben. Wesentlich ist vielmehr noch das Vorhandensein eines Schuldverhältnisses.

Trifft nämlich ein zufälliger Schaden eine Sache, die nur in der Rechtssphäre einer Person sich befindet, so ist klar, dass nur diese die Folgen des Zufalls tragen kann. Hier gilt der Satz *„casum sentit dominus"*, indes ohne juristische Bedeutung. Ein solches Ereignis hat höchstens wirtschafts-politisches Interesse.

Erst wenn mehrere Personen zu einer Sache derart in rechtlicher Beziehung stehen, dass jede der anderen den Nachteil zuschieben will, der aus dem Zufall entsteht, — wenn ein obligatorisches Verhältnis betroffen wird —, kommt der Richter auf Anrufen der einen Partei in die Lage, zu prüfen, wessen Vermögenslage durch den Unfall verschlechtert wird.[7])

Nach Vorstehendem ist

> „Gefahr in juristischem Sinne die Möglichkeit einer Vermögensminderung, verursacht durch einen ohne Zuthun und Wollen der Parteien[8]) eintretenden Umstand, unter Berücksichtigung der Frage, ob der Nachteil den Gläubiger oder den Schuldner trifft".[9])

---

[5]) So § 287.

[6]) §§ 275 1, 280 1, 282, 285, 323 1 u. a.

[7]) Auch die Quellen gehen auf den *casus* nur in obligatorischen Verhältnissen ein. Goose S. 198 unter Verweisung auf Mommsen Band I, S. 3; Förster Pr.Pr. Band I, S. 717 und Hofmann S. 1.

[8]) Nicht etwa ohne Verschulden „eines Jeden". Was für A. Zufall ist, kann für B. *dolus* sein.

[9]) So Endemann, Band I, S. 492; Hofmann S. 1. Dieses Erfordernis unterscheidet übrigens die Gefahr vom Zufall, dessen Vorhandensein nur

Für welchen von beiden das Recht sich entscheidet,[10]) von dem sagt man:

„Er trägt die Gefahr".

Nach bekanntem Rechtsgrundsatze[11]) gelten Forderungen und Verbindlichkeiten als schon gegenwärtige Vermögensbestandteile. Wir kommen hiernach zu folgenden Sätzen:

I. Bei einseitigen Schuldverhältnissen trägt die Gefahr
   a) der Gläubiger, wenn der Schuldner trotz des zufälligen Unterganges[12]) der Leistungssache von seiner Verbindlichkeit befreit wird,[13])
   b) der Schuldner, wenn er schadensersatzpflichtig bleibt.

II. Bei gegenseitigen Obligationen trägt die Gefahr
   a) der Gläubiger, wenn er bei zufälligem Untergange der Sache von dem Schuldner nichts erhält, dennoch seinerseits zur vollen oder teilweisen Gegenleistung verbunden bleibt,[14])
   b) der Schuldner, wenn er entweder
      *α)* durch den zufälligen Untergang der Sache zwar befreit wird, aber zugleich den Anspruch auf die Gegenleistung verliert,[15])
      *β)* oder zwar den letzteren behält, aber auch seinerseits zur Leistung der neben der untergegangenen Sache etwa wahlweise geschuldeten verpflichtet bleibt.[16])

Die Leistungssache befindet sich vor dem Entstehen der Obligation nur in des künftigen Schuldners, nach dem Erlöschen durch Leistung nur in des bisherigen Gläubigers Rechtssphäre. Im ersten Falle trägt der Schuldner, im letzten der Gläubiger die Gefahr. In der Zeit von dem Entstehen bis zum Erlöschen

---

ergiebt, dass im konkreten Falle kein Verschulden vorliegt, ohne die Frage zu erörtern, wessen Vermögen dadurch betroffen wird.

[10]) Einer muss die Gefahr tragen, und zwar die ganze. Ein geteiltes *periculum* giebt es nicht. „Der Blitz schlägt gleichzeitig nicht an mehreren Orten ein" — vgl. Hofmann S. 3, Flatau S. 53, Wächter S. 101; gegen Mühlenbach doctrinae Pand. § 463 verba: *ad utrumque et creditorem et venditorem periculum spectat.*

[11]) l. 3 pr. D. 37/1, Dernburg, Pand. Band I, S. 50.

[12]) Das Gleiche gilt im Falle blosser Verschlechterung.

[13]) l. 3 D. de naut. fren. 22, 2 l. 39 D. de solut. et lib. 46, 3.

[14]) l. 8 pr. D. de peric. 18, 6; l. 34 § 6 D. 18, 1.

[15]) l. 1 § 1, l. 4 pr. § 1 D. 18/6, B.G.B. § 303.

[16]) l. 34 § 6 D. 18/1.

des Schuldverhältnisses geht also die Gefahr von dem Schuldner auf den Gläubiger über. Und zwar muss, da es nach unserem Rechte eine geteilte Gefahr nicht giebt,[17]) der Uebergang der ganzen Gefahr in einem Zeitpunkte erfolgen.

Diesen zu bestimmen, oder genauer, festzustellen, von welchem Augenblicke an der Schuldner bei zufälligem Untergange des Leistungsobjektes von seiner Leistungspflicht befreit wird, ohne dass er bei einseitigen Verträgen schadensersatzpflichtig wird, bei gegenseitigen den Anspruch auf Gegenleistung verliert, ist Gegenstand der folgenden Abhandlung.

---

### § 3. b) Gattungsschuld.

Die soeben formulierte Rechtsfrage soll jedoch nicht für alle Schuldverhältnisse beantwortet werden. Nur eine bestimmte Art, nämlich die sogenannte Gattungsschuld wird Berücksichtigung finden. Eine Gattungsschuld liegt nach B.G.B. § 243 Abs. 1 vor, wenn eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet wird.[18])

Der Leistungsgegenstand darf — so folgt daraus *e contrario* — nicht durch Individualisierungsmerkmale bestimmt sein.

Mithin erfordert die Gattungsschuld — gerade so wie der Gefahrbegriff — einen Gläubiger und einen Schuldner, d. h. ein Schuldverhältnis.

Dingliche Rechte bleiben ausser Betracht, weil sie eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache und damit eine Individualisierung voraussetzen.[19])

Indes auch die Schuldverhältnisse eignen sich nicht ausnahmslos für die Gattungsschuld. Auszuscheiden sind die Obligationen, welche das Zurückgeben der bestimmten empfangenen Sache zum Inhalt haben. Bei ihnen muss stets das Hingeben der Sache vorausgehen. Sofern die hingegebene Sache zurückerstattet werden soll, spezialisiert aber das Hingeben notwendigerweise und schliesst die weitere generische Behandlung der Obligation aus.

Für die Gattungsschuld bleiben daher ausser Kauf, Tausch, Vermächtnis und Schenkungsversprechen nur diejenigen Obli-

---

[17]) Vgl. S. 4. Anm. 10 der Abhandlung.
[18]) So auch A.L.R. I, 7, § 275, code civil art. 1246, A.H.G.B. Art. 335,
[19]) Bekker S. 351; Haver S. 27.

gationen übrig, welche dem Schuldner überlassen, anstatt der hingegebenen Sache ein Aequivalent zurückzuerstatten.[20])

Die Bestimmtheit der zu leistenden Sache, die ebensogut eine vertretbare wie nicht vertretbare,[21]) eine zukünftige wie gegenwärtige[22]) sein kann, wird sich nach der Zahl der geforderten Gattungsmerkmale als ausserordentlich verschieden erweisen. Ich kann mir ein Pferd, ein Reitpferd, ein militärfrommes Reitpferd u. s. f. versprechen lassen. Es steht auch nichts im Wege, den Leistungsgegenstand dem billigen Ermessen einer Partei oder eines Dritten anheimzustellen und so nur mittelbar zu bestimmen.[23]) Dennoch bestehen durch die Natur der Sache gezogene Grenzen.

Es liegt einerseits, — ohne dass es, wie im Entwurf I § 352 geschehen, einer besonderen Bestimmung bedarf, — überhaupt keine bindende Verpflichtung vor, wenn die Ware ganz ungewiss ist.[24])

Andererseits geht der Charakter der Gattungsschuld verloren, wenn der Leistungsgegenstand durch andere als Gattungsmerkmale bestimmt wird, z. B. 10 Flaschen Wein aus einem bestimmten Fass.

Die juristische Behandlung gerade dieser Begrenzung ist kontrovers.

Während in dem angeführten Beispiel Dernburg[25]) eine besondere Art der Speziesschuld, v. Savigny[26]) eine Alternativ-

---

[20]) So auch Ihering, der hierbei von Obligationen „auf Zurückgeben" spricht. Denn auch bei diesen Obligationen kann von einem Zurückgeben, wenn auch nicht im streng thatsächlichen, so doch im streng rechtlichen Sinne gesprochen werden, wie der Satz: *„tantumdem eiusdem qualitatis est idem"* besagt.

[21]) Für das r. R. l. 12 § 7 D. quando dies leg. 36, 2 *si cui homo generaliter sit legatus.* — Für B.G.B. Ebert bei Fischer-Henle zu § 243; Endemann, Band I, S. 513 n. 6; Berndorff S. 6; Planck zu § 243 n. 1; Staudinger zu § 243 n. 2; Enneccerus-Lehmann S. 345; Haver S. 14. — Anders nur Heyer S. 30 n. 1, der darin den charakteristischen Unterschied zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen sieht, dass jene in *genere,* diese in *specie* gegeben werden müssen. Gegen ihn Ihering S. 382 n. 24. Im Grunde liegt hier nur ein Wortstreit vor, den die Redeweise des B.G.B. erledigt.

[22]) So auch Berndorff S. 6.

[23]) §§ 315—317 B.G.B.; Berndorff S. 10. Anders Haver S. 16.

[24]) Z. B. Tiere, Früchte, mehrere hundert Dutzend. R.O.H. Bd. XI, S. 1; Windscheid § 255 n. 19; Endemann, Band I, S. 13; v. Savigny S. 399; Haver S. 15. — Für r. Recht, l. 71 pr. de leg. I, l. 69 § 4 D. 23, 3.

[25]) Dernburg, Pand. Band II, § 25 u. f.; Brinz, Band II, § 242 u. a.

[26]) v. Savigny, Band I, S. 400.

obligation annimmt, besteht nach Eck[27]) eine Genusschuld, weil die Parteien als Gegenstand ein ununterschiedenes Stück einer durch gemeinsame Merkmale bestimmten Klasse von Sachen sich denken.

Andere stellen die nach dem Beispiel vorliegende Pflicht, aus einer bestimmten Masse zu leisten, als gemischt-generische Obligation der rein-generischen gegenüber.[28]) Der letzteren Ansicht stimmen auch die Motive[29]) zu. Sie lassen für die Behandlung der gemischt-generischen Obligation Willensinterpretation und Lage des Einzelfalles entscheiden. Ob dies dem Sinne des B.G.B. entspricht, erscheint mir zweifelhaft.

Wird eine Sache aus einer bestimmten Menge geschuldet, so ist sie vor allem durch ihre Zugehörigkeit zur Menge gekennzeichnet. Diese Zugehörigkeit ist kein Gattungsmerkmal. § 243 verlangt aber ausdrücklich eine nur der Gattung nach bestimmte Sache.

Ich glaube daher, dass vom Standpunkt des B.G.B. die sog. gemischt-generischen Obligationen zu den Gattungsschulden im technischen Sinne nicht gerechnet werden dürfen.[30])

Anders verhält es sich mit dem Worte „Sache".

Wenn in § 243 Abs. 1 lediglich von einer nur der Gattung nach bestimmten Sache gesprochen ist,[31]) soll dadurch sicher nicht in Abrede gestellt werden, dass Objekt einer Gattungsschuld auch eine nur der Gattung nach bestimmte Handlung sein kann.[32]) Nach den Motiven[33]) ist in solchem Falle die Entscheidung nach Lage der Umstände zu treffen.

Ebenso ist bei § 243 — wie sich aus ihm in Verbindung mit Entw. I §§ 213, 214 ergiebt — nur an eine Ausscheidungs-

---

[27]) Eck, Band II, S. 7, unter Verweisung auf l. 72 § 4 D. de solut. et liber. 46, 3. Ebenso Windscheid, Band II, § 255, Nr. 17 und 21; Ihering S. 405; Hofmann S. 118.

[28]) Bekker S. 353; Regelsberger S. 185; Brinz S. 312; Thöl, Band I, S. 446; Planck zu § 243 n. 2; Enneccerus-Lehmann S. 348; Berndorff S. 18; Heilfron, Band II, S. 14; Endemann, Band I, S. 513; Matthiass, Band I, S. 307; Kuhlenbeck zu § 243 n. 1; Engelmann S. 178; Bunsen S. 142; Landé zu § 243; Haver S. 25.

[29]) Motive, Band II, S. 10.

[30]) Ebenso Dernburg B.G.B. Band II, S. 27; Oertmann zu § 243 n. 1; Meisner zu § 243 n. 4; Staudinger zu § 243 n. 3; Skolny u. Caro zu § 243 n. 5.

[31]) Ebenso übrigens Sächs. G.B. § 696, A.L.R. I, 5 § 275, Dresd. Entw. Art. 240.

[32]) Vgl. die in l. 54 § 1 D. de V.O. 45, 1 genannten *opera*, sowie Meisner zu § 243 n. 1; Haver S. 30. Anders Oertmann zu § 243 n. 1.

[33]) Band II, S. 10.

befugnis des Schuldners zu denken. Doch glaube ich mit Rücksicht auf § 2155, dass eine gegenteilige Vereinbarung, die dieses Recht dem Gläubiger zuweist, zwar der Natur der Gattungsschuld wenig entspricht, aber mit ihr nicht unvereinbar ist.[34])

[34]) So Oertmann zu § 243 n. 3; Planck zu § 243 n. 3; Skolny und Caro zu § 243; Landé zu § 243; Meisner zu § 243 n. 3; Bunsen S. 141; Heilfron, Band II, S. 15; Motive, Band II, S. 11; Hess. Entw. Art. 32; Bayer. Entw. Art. 263, Abs. 2; Dresd. Entw. Art. 240; Haver S. 20. Anders für gem. R. Ihering S. 410, für B.G.B. Berndorff S. 7.

Abschnitt II.

# Dogmengeschichtliche Entwickelung.

## § 4. a) Der Uebergang der Gefahr bei Gattungsschulden bis zum Jahre 1841.

Die Wichtigkeit der Gefahrfrage bei Gattungsschulden für jeden Verkehr lässt es befremdend erscheinen, dass bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts von ihrer Entwickelung im Sinne einer wissenschaftlichen Fortbildung nicht gesprochen werden kann.

Für das altdeutsche Recht mag eine Erklärung und zugleich Entschuldigung darin liegen, dass für den Gefahrübergang von jeher Uebergabe der Sache, also ein fester Zeitpunkt gefordert wurde.[1]) Im römischen Recht[2]) dagegen wäre eine wissenschaftliche Behandlung zu erwarten gewesen. Denn die wenigen Quellenstellen, welche von der Perfektion und somit nach l. 8 D. de peric. et comm. 18, 6 *(verb: quando perfecta sit emptio: tunc . . . sciemus, cuius periculum sit)* von dem Gefahrübergange beim Gattungskauf handeln, lassen zunächst wenigstens eine klare und unzweideutige Entscheidung vermissen.

Die hierher gehörigen Stellen sind:

1. l. 35 § 7 D. de contr. empt. 18, 1:

*Sed et si ex doleario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est (quod et constare videtur) antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere; nec interest, unum pretium omnium centum matretarum in semeldictum sit an in singulos eos.*

---

[1]) Stobbe, Band III, S. 303 und dort, n. 32, Citierte. Beseler S. 509. Ueber die Gründe ausführlich Flatau S. 54 ff.

[2]) Für das Folgende vgl. Ihering S. 373 ff.

2. l. 5 D. de peric. et comm. 18, 6:

*Si per emptorem steterit quominus ad diem vinum tolleret nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari, si verbi gratia amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si admensum est, donec admetiatur omnem periculum venitoris est, nisi id per emptorum fiat.*

3. l. 2 C. de peric. et comm. 4, 48:

*Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit. Cum autem universum quod in horreis erat postea venisse sine mensura et claves emptoribus traditas ad leges, perfecta venditione quod vino mutato damnum accidit, ad emptorem pertinet, haec omnia locum habent non solum si vinum, sed etiam si oleum vel frumentum vel his similia venierint et ea aut deteriora aut penitus corrupta fuerint.*

Von diesen Stellen lassen l. 35 § 7 D. 18, 1 und l. 5 D. 18, 6 den Kauf perfekt werden, die Gefahr also übergehen mit dem *admetiri*, l. 2 C. 4, 48 mit dem *tradere*,[3]) ohne dass eine nähere Bestimmung beider Begriffe, besonders aber ihres etwaigen Unterschiedes, aus den Quellen selbst gegeben wird. Nach dem, was uns von der römischen Jurisprudenz erhalten ist, haben sich die römischen Juristen augenscheinlich gar nicht die Frage vorgelegt, ob ein *admetiri* nicht auch zeitlich von dem *tradere* getrennt stattfinden könne.

Das Gleiche gilt von den Verfassern der Basiliken und den Glossatoren,[4]) obschon ihnen die Verschiedenheit im Wortlaut hätte auffallen und sie zu einer Erklärung geradezu herausfordern müssen. Ja, die Verfasser der Basiliken haben sogar, anstatt den Unterschied zu erklären, in dem Titel *de periculo et commodo* XIX, 6 gerade die Stellen — l. 5 D. 18, 6 und l. 2 C. 4, 48 — nicht behandelt, die — wie besonders das *antequam tradantur*

---

[3]) Die von Manchen hinzugezogene l. 1 § 1 und l. 10 § 1 D. de peric. et comm. 18, 6; l. 34 § 5, l. 35 §§ 5 u. 6 D. contr. empt. 18, 1 behandeln ein *emtio ad mensuram* und sind daher höchstens mittelbar zu benutzen — vgl. Ihering S. 373.

[4]) Azo Comm. Cod. ad l. 2. C. 4/48.

der letzteren — zum Aufwerfen und zum Beantworten der Gefahrfrage beim Gattungskauf Anlass zu geben geeignet waren. Nur in dem Titel *de contractu emtionis* (XIX, 1) ist in der l. 33 § 5, 6 die l. 35 § 5—7 D. 18, 1 aufgenommen.[5])

Erst Lauterbach[6]), Stryck[7]) und Cocceji[8]) erwähnen, dass ein *tradere* ohne *admetiri* denkbar ist.[9]) Sie werfen allerdings die naheliegende und für das vorstehende Thema entscheidende Frage nicht auf, ob umgekehrt nicht ein *admetiri* ohne *tradere* möglich ist, d. h. ob unter Abwesenden durch Ausscheidung seitens des Verkäufers Gefahrübergang bewirkt werden könne.

Der erste, der diese Frage beantwortet, und der einzige, der sie bis auf Thöl erörtert hat, ist Carpzow.[10])

Er erklärt es auf Grund von Urteilen aus Theorie und Praxis für ein kaufmännisches Gewohnheitsrecht, dass die Gefahr einer bestellten Ware mit ihrer Absendung auf den Käufer übergehe. Aber weder Carpzow noch die späteren Schriftsteller, wie Hommel[11]), Struben[12]) und Glück[13]), welche diesen Satz getreulich nachschreiben, versuchen seine Rechtfertigung.

In der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts, besonders bei Struben, findet sich sodann der allgemeine Grundsatz aufgestellt, dass man unter *admetiri* die einseitige Ausscheidung zu verstehen habe, und dass die Gefahr mit diesem Akt auf den Käufer übergehe.

Im Gegensatz hierzu stellte Keller[14]) die Behauptung auf, von einem Gefahrübergange vor der Tradition könne natürlich nicht die Rede sein, und Göschen[15]) fügt der gleichen Ansicht den bezeichnenden Zusatz bei, dass „dieser Fall keiner weiteren Erörterung bedarf".

---

## § 5. b) Der Streit der gemeinrechtlichen Theorien seit 1841.

Nach dieser unerfreulichen Entwickelung bleibt es ein nicht zu unterschätzendes Verdienst Thöls, dass er 1841 in seinem „Lehrbuch des Handelsrechts" zum erstenmal eine wirklich wissen-

---

[5]) Ihering S. 373/74.
[6]) Coll. theor., pract. XVIII, 6 § 13.
[7]) ad Lauterbach p. 563.
[8]) ius controv. XVIII, 6 § 4.
[9]) Zu denken ist hierbei wohl an *emtio per aversionem.*
[10]) Opus decisionum Dec. 131.
[11]) Rhaps. quaest. vol. V, obs. p. 608, 689.
[12]) Rechtl. Bedenken, Band II, Nr. 65.
[13]) Erläuterung der Pandekten, Band XVII, S. 187.
[14]) Pand. § 329.
[15]) Vorlesungen, Band II, S. 341.

schaftliche Erörterung der Frage des Gefahrüberganges, wenn auch nicht für Gattungsschulden schlechthin, so doch für den Gattungskauf darbot.

Er geht davon aus, dass die Gefahr beim Gattungskauf übergeht, wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen beim Spezieskauf der Gefahrübergang stattfindet.

Nach l. 8 pr. D. de peric. et comm. 18, 6[16]) muss also nicht nur ein bedingungsloser Kauf vorliegen und der Preis feststehen, sondern es muss vor allem das *quid quale quantum* bestimmt sein. Das erfordert bindende Ausscheidung.

Bindend ausgeschieden ist das Leistungsobjekt zweifellos mit der Tradition, oder wenn die Ausscheidung in Gegenwart des Käufers oder seines Vertreters erfolgt ist. Eine Anerkennung durch den Käufer ist nicht erforderlich, da dieser bereits beim Kaufabschluss zur Annahme jeder kontraktmässigen Spezies sich verpflichtet hat.

Andererseits genügt nicht zur Bezeichnung des *quid quale quantum* nur innerlicher Beschluss oder zwar körperliche, aber einseitige Ausscheidung. Denn der Verkäufer könnte beide zum Nachteil des Käufers jederzeit beliebig rückgängig machen.

Die Ausscheidung muss vielmehr eine zweiseitige sein, derart dass beide Teile über die ausgeschiedene Sache in gleicher Weise einig sind, wie es beim Spezieskauf gefordert wird. Hierzu ist beiderseitige Willensübereinstimmung, d. h. beiderseits ein Willens- und ein Wissensakt, in Bezug auf das Objekt nötig.

Der Verkäufer genügt diesem Erfordernis durch körperliche Ausscheidung. Der Willensakt des Käufers ist aber jetzt unerheblich, weil er sich Lieferung jeder vertragsmässigen Ware gefallen lassen muss. Für ihn genügt daher ein Wissensakt. Ein solcher wird ermöglicht, wenn dem Käufer die ausgeschiedene Spezies so genau angezeigt ist, dass er seine Gedanken auf sie zu richten vermag.

Der Gattungskauf ist perfekt und somit die Gefahr übergegangen, wenn thatsächlich ausgeschieden und eine so genaue Beschreibung der ausgewählten Sache an den Käufer gelangt ist, dass der Beweis der Identität der ausgesuchten und der abgesandten Ware mit Beziehung auf diese Anzeige geführt werden kann.

Diese Theorie, welche Thöl selbst anfangs „Individualisierungs-

---

[16]) **Thöl, S. 449, hält diese auch auf den Genuskauf für anwendbar. Dagegen Eck, Rechtslexikon, Band II, S. 7.**

theorie", seit der 5. Auflage seines Handelsrechts „Apparationstheorie"[17]) nennt, wurde bald die herrschende.

Ihr schlossen sich an: Vangerow[18]), Puchta[19]), Sintenis[20]), Brinkmann[21]) und Fr. Mommsen[22]), sowie die Praxis.[23])

Auch das sächsische Gesetzbuch — § 867 — bekennt sich zur Thölschen Theorie.

Die Lehre ist jedoch weder ihrer theoretischen Konstruktion noch ihrer praktischen Tauglichkeit nach haltbar.

Zunächst ist Thöls Verlangen der Ankunft der Anzeige unbegründet.

Sie soll dazu dienen, den Wissensakt des Käufers und damit den Konsens beider Parteien in Bezug auf das ausgeschiedene Objekt herzustellen.

Für einen Konsens ist ein Wissensakt offenbar nur von Bedeutung, weil auf ihn der Willensakt sich gründet.[24]) Der Wille des Käufers ist aber, wie Thöl selbst zugiebt, schon bei der Begründung des Kaufvertrages erklärt, also für die Ausscheidung unerheblich.

Ebensowenig kann das Erfordernis der Ankunft der Anzeige durch den Gedanken gestützt werden, dem Käufer den Identitätsnachweis zu sichern. Diesen zu führen, ist nämlich in jedem Falle Sache des Verkäufers.

Auch bei der Annahme, dass der Käufer wirklich beweispflichtig wäre, würde hierfür stets die Absendung als genügend erachtet werden müssen, ganz abgesehen davon, dass selbst ein noch so eingehender Bericht selten den Nachweis der Identität ermöglichen dürfte.

An eine Offerte endlich, wie Regelsberger[25]) annimmt,[26]) hat Thöl bei dem Erfordernis der Ankunft nicht gedacht. Denn die Annahme durch den Käufer ist ein Willensakt. Thöl erklärt aber den Willen des Käufers für unerheblich, weil dieser schon bei dem Vertragsschluss zur Annahme jeder kontraktmässigen

---

[17]) Nach l. 8 pr. D. de peric. et comm. 18, 6 verb: appareat.
[18]) Lehrbuch, Band III, § 635.
[19]) Vorlesungen § 360.
[20]) Das prakt. gem. Civilrecht, Band II, § 116 n. 5.
[21]) Handelsrecht § 37.
[22]) S. 340—342.
[23]) O.A.G. Dresden, Seuffert's Archiv, Band XXII, S. 202; O.Tr., Stuttgart ebenda, Band XIII, S. 82.
[24]) So Hofmann S. 121.
[25]) S. 197.
[26]) Daher hält wohl auch Hofmann — S. 122 — Regelsbergers Auffassung des Thölschen Grundgedankens für abwegig.

Ware sich verpflichtet, also keine Wahl zwischen Zustimmung und Ablehnung habe.

Freiheit in der Entscheidung des Oblaten ist aber gerade das Charakteristikum der Offerte. Ein Angebot, bei dem der Empfänger „Ja" sagen muss, ist keine Offerte.

Dass Thöl dies verkannt haben sollte, ist umsoweniger anzunehmen, als er in demselben Handelsrecht[27]) als Merkmal der Offerte anführt: „Der Oblat hat es in seiner reinen Willkür, ob er auf den Antrag eingehen will oder nicht".

Von grösserer Bedeutung als die angeführten theoretischen Bedenken sind die praktischen Gründe, die gegen Thöl sprechen.

Erforderlich ist nach seiner Theorie thatsächliche Ausscheidung und Ankunft einer speziellen Anzeige.

Wann die Ausscheidung zu geschehen hat, wird nicht gesagt. Der Verkäufer hat es demnach vollkommen in seiner Hand, durch möglichst frühzeitige Ausscheidung die Lage des Käufers denkbarst zu verschlechtern, eine Konsequenz, die Thöl zwar schwerlich billigen würde, aber nach seiner Theorie um den Preis der Inkonsequenz verwerfen könnte.

Auch auf die Frage, wie auszuscheiden ist, erhalten wir keine Antwort. Die Ausscheidung muss nach ihm eine körperliche sein. Daraus geht nicht hervor, ob die Verpackung oder Signierung u. s. w. genügt, oder ob Uebergabe an den Frachtführer erforderlich ist.

Alle diese Mängel, praktische wie theoretische, suchen wir vergebens bei Iherings Lieferungstheorie[28]), die er 1861 der Thölschen Ausscheidungstheorie unter der vorstehend wiedergegebenen Begründung entgegenstellt.

Er lässt nicht, wie Thöl, den Gefahrübergang eintreten, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen bei der Speziesschuld die Gefahr übergeht, sondern unterstellt beide verschiedenen Normen.

Nach ihm erfolgt der Gefahrübergang beim Gattungskauf erst, wenn er spätestens geschehen muss, d. h. mit der Erfüllung.

Erfüllt aber ist, sobald der Schuldner das gethan hat, was er nach dem Sinne des Vertrages zu thun schuldig war, also mit der Uebergabe, und zwar bei „Schulden auf Holen und Bringen" an den Käufer, bei „Schulden auf Schicken" an den

---

[27]) Handelsr., Band I, S. 363.

[28]) Für diesen Namen schlägt Bechmann „Kauf", Band II, S. 334 die Bezeichnung „Uebermittelungstheorie", Dernburg Pand., Band II, S. 267, n. 10 „Erfüllungstheorie" vor.

Frachtführer oder an eine andere Uebermittlungsperson. Eine Ausscheidung ist weder erforderlich noch ausreichend.

*De lege ferenda* ist der Iheringschen Theorie der Vorzug einzuräumen, und es ist von lediglich geschichtlichem Interesse, welcher Theorie vom Standpunkt des alten Rechts aus — *de lege lata* — beizutreten ist.

Ausser Diskussion steht diese Frage für das altdeutsche Recht, weil dieses ja von jeher den Gefahrübergang an die Uebergabe knüpfte und damit der Iheringschen Ansicht entsprach.[29])

Allein auch hinsichtlich des römischen Rechts kommt man, wenngleich nicht mit nämlicher Sicherheit, zu demselben Resultat.

Thöl[30]) sieht das entscheidende Moment in dem *„ad"* in *„adnumerare"*. Hierdurch wird seiner Behauptung nach ausgesprochen, dass das Zählen in Bezug auf eine bestimmte Person zu geschehen habe, und dies bedeute, dass die Ausscheidung dem Käufer erklärt werden müsse. Seine Anwesenheit sei nicht erforderlich, sondern sein Wissen. Es sei *„ad"* gleich dem *„coram"* der l. 209 D. de verb. sign. 50, 16. Zunächst findet sich nun für eine derartige Gleichstellung durchaus kein Beleg. Ferner wird in der l. cit. doch nur gesagt, dass ausser der körperlichen auch die geistige Anwesenheit des Titius nötig sei. Dieses Argument dürfte also schwerlich für Thöl entscheiden. Und wie lässt sich mit seiner Ansicht die l. 2. C. de peric. et comm. 4, 48 vereinigen, die unzweideutig ein *tradere* zum Gefahrübergange verlangt?

Thöl[31]) meint, *traditio* bedeute hier nicht mehr als *mensura*, in welcher regelmässig die Tradition liege, zumal ja die *mora* als eine *mora mensurae faciendae* bezeichnet sei. Ihering will dagegen umgekehrt, dem *tradere* das *admetiri* unterordnen.

Zwar ist nicht zu leugnen, dass in der l. 2 C. 4. 48, wie in l. 5. D. 18. 6 und l. 35 § 7 D. 18. 1 von einem Kauf *„inter praesentes"*[32]) die Rede ist, bei dem das *admetiri* und das *tradere* leicht zusammenfallen kann. Die Stelle vermag also weder für Thöls noch für Iherings Ansicht ein zwingendes

---

[29]) Vgl. S. 9 der Abhandlung.

[30]) Handelsr., Band I, S. 454 n. 17.

[31]) Handelsr., Band I, S. 448 n. 4.

[32]) Hieraus zu folgern, dass die Römer den Kauf auf Schicken nicht gekannt haben, sondern dass stets der Verkäufer bringen oder der Käufer holen musste (sei es in eigener Person oder durch Stellvertreter), ist abwegig. So Stintzing S. 179; Puntschart S. 285. Dagegen Regelsberger S. 191.

Argument abzugeben. Jedoch wie man bei einer mathematischen Gleichung nicht den Wert der gegebenen Grössen nach dem der zu suchenden bestimmt, sondern umgekehrt, ist in unserem Falle folgerichtig von dem völlig bekannten Begriff des *tradere* auf den unbekannten des *admetiri* zu schliessen. Bestärkt wird diese Ansicht noch dadurch, dass die *mora* eine *mora mensurae faciendae* genannt wird. Denn, wenn *tradere* ein *admetiri* sein soll, ist Gegenwart des Käufers nicht notwendig, und es ist nicht zu ersehen, inwiefern sein Ausbleiben für ihn *mora* zur Folge haben soll.

Demnach geht mit grosser Wahrscheinlichkeit aus l. 2 C. 4, 48 hervor, dass die römischen Juristen das *admetiri* im Sinne von *tradere* gebraucht haben[33]), was auch über die sonst unerklärliche Erscheinung Aufschluss giebt, dass weder die Glossatoren noch die Verfasser der Basiliken eine nähere Bestimmung beider Begriffe, besonders aber ihres Unterschiedes, geben. Ebenso wird man folglich in l. 5 D. 18, 6. und l. 35 § 7, D. 18, 1 das *admetiri* wie Dirksen[34]) mit *„ad mensuram tradere"* oder wie Heumann[35]) mit „gezählt übergeben" übersetzen können.

Mit den Quellen des römischen Rechts ist Iherings Lieferungstheorie somit ebenfalls nicht unvereinbar.[36])

Allein, wenn man sich auch beim Vergleich mit der Ausscheidungstheorie der Iheringschen Ansicht anschliessen muss, könnte fraglich sein, ob nicht einer der zahlreichen anderen Theorien, die im Anschluss an die beiden erörterten entstanden sind, der Vorzug zu geben ist.

Sie sämtlich hier anzuführen und zu kritisieren, kann nicht unsere Aufgabe sein. Es wird genügen, die drei am meisten genannten Theorien von Heyer, Regelsberger und Bekker kurz auf ihre Haltbarkeit zu prüfen.

Während Heyer[37]) den Gefahrübergang an die einseitige Ausscheidung durch den Verkäufer knüpft und damit die Mängel der Thölschen Theorie über Zeit und Art der Ausscheidung nur noch vergrössert, sucht Regelsberger[38]) die Fehler der theoretischen Konstruktion Thöls dadurch zu heben, dass er ausser thatsäch-

---

[33]) Anders Karlowa in Grünhuts Zeitschrift, Band XVI, S. 437.
[34]) Dirksen Manuale.
[35]) Heumann S. 16.
[36]) Ebenso anscheinend Dernburg, Pand., Band II, S. 267, Anm. 10.
[37]) Heyer S. 24, 25.
[38]) Regelsberger S. 212.

licher Ausscheidung nur Absendung einer allgemeinen Anzeige verlangt.

Er begründet letzteres Erfordernis damit, dass sich der Uebergang der Gefahr an die Auswahl nur knüpfen könne, wenn sie für den Verkäufer bindend sei. Zu diesem Zwecke müsste der Verkäufer die Auswahl nach aussen hin kund thun.

Nun kommt es aber nicht darauf an, ob die Auswahl für den Verkäufer, sondern ob sie für den Käufer bindend ist. Hierzu genügt die Absendung einer allgemeinen Anzeige nicht. Ferner bleibt Regelsberger die Antwort schuldig, wann und wie auszuscheiden ist.

Seine Theorie ist also der Iheringschen ebenfalls nicht vorzuziehen. Nur insofern steht sie ihr gleich, als Regelsberger — ebenso wie jener — mit der Uebergabe an den Frachtführer das Wahlrecht für konsumiert, und somit die Gefahr als übergegangen betrachtet.

Näher noch als Regelsberger, — und vielleicht sogar näher, als er selbst glaubt, — steht der Iheringschen Lehre Bekker[39]).

Er behauptet, dass nicht nur mit der Leistung, sondern infolge besonderer Parteiabrede auch vorher die Gefahr übergehen könne. Ihering dürfte dies schwerlich haben bestreiten wollen.

Ferner fordert Bekker, zwar im Widerspruch mit Ihering, bei Distanzkäufen auf Schicken nicht nur Absendung, sondern Uebergabe an den Käufer. Er gesteht aber selbst zu, dass sich hieraus ein unbefriedigendes Resultat ergiebt, und man daher auf Grund stillschweigender Willensvereinbarung[40]) den Gefahrübergang schon in den Zeitpunkt der Absendung legen muss. Er kommt also hierin zu dem gleichen Resultat wie Ihering. Nur die Ausgangspunkte sind verschiedene. Während nach Ihering[41]) die gefahrübertragende Wirkung der Absendung aus der juristischen Natur dieses Aktes zu folgern ist, beruht sie nach Bekker auf einem Nebenvertrage.

---

[39]) Bekker S. 382.

[40]) Dernburg, Pr.P.R., Band II, S. 361 nahm hier ein gemeinrechtliches Gewohnheitsrecht an, jedoch hat er hieran nicht festgehalten (Pand. Band II, S. 267); dagegen wohl Karlowa, Grünhuts Zeitschrift, Band XVI, S. 442.

[41]) Vgl. auch Stintzing, Jahrb. f. Dogm., Band X, S. 179.

## § 6. c) Stellung der neueren Gesetzgebung und Litteratur.

Bemerkenswert und unterstützend für unsere Stellungnahme zu den Theorien ist schliesslich noch der Umstand, dass die neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller sich fast durchgängig der Lieferungstheorie angeschlossen haben. Ich nenne von ihren Anhängern nur: Windscheid[42]), Brinz[43]), Dernburg[44]), Förster[45]), Kohler[46]), Eck[47]), Goose[48]), Stintzing[49]), Wolff[50]), Puntschart[51]) und Wendt.[52])

Nicht minder entspricht die Iheringsche Lehre dem Standpunkt der modernen Kodifikationen.

Zweifellos ist dies beim A.L.R.[53]) und A.H.G.B.[54]), welche ausdrücklich beim „Kauf auf Schicken" die Gefahrfrage im Sinne Iherings entscheiden.

Ein Gleiches muss aber auch von den Gesetzbüchern gelten, welche sich hinsichtlich des Gefahrüberganges beim Kauf nur ganz allgemein dem römischen Rechte angeschlossen haben, wie Schweiz. G.B.[55]), Niederländ. G.B.[56]), *code civil*[57]) und *codice civile italiano*[58]), oder welche dem deutschrechtlichen Prinzip gefolgt sind z. B. A.L.R.[59]), Oesterr. G.B.[60]), Hess. Entw.[61]), Bayer. Entw.[62]) und Dresd. Entw.[63])

Denn im römischen wie im deutschen Rechte fanden wir die Iheringsche Ansicht vertreten.

---

[42]) Windscheid, Band II, S. 422.
[43]) Pand. Band II, 2 S. 107.
[44]) Pand. Band II, S. 267, Anm. 10.
[45]) Pr.P.R., Band I, S. 721.
[46]) Jahrb. f. Dogm., Band XVII, S. 395.
[47]) Eck, Band II, S. 11.
[48]) S. 211, 212.
[49]) Jahrb. f. Dogm., Band X, S. 211.
[50]) S. 116.
[51]) S. 288.
[52]) Pand. S. 609.
[53]) I, 11 § 128.
[54]) Art. 345.
[55]) Art. 145.
[56]) Art. 1446.
[57]) art. 1624, 1138, 1585, vgl. Crome, franz. Civilr., Band II, S. 449.
[58]) art. 1480, 1125, 1448, 1298.
[59]) I, 11 §§ 95, 100.
[60]) §§ 1064, 1048—1051, 1447.
[61]) Bd. II, Art. 19, 20; Bd I, Art. 144, 360—362 (Mot. z Bd. I, S. 9—12).
[62]) Art. 282, 119, 120 (Mot. S. 90 ff).
[63]) Art. 429, 388, 393.

Trotzdem fehlte bisher eine gesetzliche Bestimmung über die Gefahrtragung bei Gattungsschulden, welche sichere Gewähr für eine gleichmässige Rechtsprechung bot.

Daher musste es eine der ersten Aufgaben des B.G.B. sein, eine unzweideutige Regelung des Gefahrüberganges bei Gattungsschulden zu geben.

---

Abschnitt III.

# Der Uebergang der Gefahr im allgemeinen nach B.G.B.

## A. Einleitung.

### § 7. Form der Bestimmung.

Der Uebergang der Gefahr bei Gattungsschulden ist im B.G.B. geregelt durch § 243 Abs. 2, der allerdings in erster Linie den Verlust des *ius variandi* betrifft. Er lautet:

> „Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen (nur der Gattung nach bestimmten Sache von mittlerer Art und Güte) seinerseits Erforderliche gethan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache."

Diese Bestimmung passt sich zwar nicht genau dem Wortlaut unserer Frage nach dem Zeitpunkt des Gefahrüberganges an. Sie ist deshalb für jedermann nicht so verständlich, wie es im Interesse der Volkstümlichkeit des Gesetzes wünschenswert scheint. Für den Juristen indes hat die Fassung den grossen Vorzug, dass aus ihr zugleich deutlich hervorgeht, auf welchem Wege man zu dieser Bestimmung gelangt ist.

Man erkannte offenbar, dass von einem Gefahrübergange begrifflich nicht die Rede sein kann, so lange Gegenstand des Schuldverhältnisses ein *genus* ist, oder genauer, so lange eine Einheit aus dem *genus* geschuldet wird.[1])

Wer eine Ulmer Dogge zu leisten versprochen hat, ist grundsätzlich so lange verpflichtet, als überhaupt noch ein Hund dieser Gattung vorhanden ist. Er wird erst frei, wenn er beweist, dass die ganze Gattung ausgestorben ist.[2]) Dieser Beweis dürfte unmöglich sein.

---

[1]) **Vgl. Haver S. 9 mit ausführlicher Begründung.**

[2]) **Die Annahme einer gemischt-generischen Obligation haben wir auf S. 7 abgelehnt.**

Dass der Schuldner keine Sache der geschuldeten Art in seinem Besitz hat und zur Beschaffung unvermögend ist, sowie dass dieses subjektive Unvermögen nicht auf sein Verschulden zurückzuführen sei, kann, streng genommen, nicht als Befreiungsgrund gelten. Daher bestimmt auch, ähnlich wie der Satz: *„genus perire non censetur“*[3]), der § 279:

> „Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.“

Allerdings wird man nach dem im B.G.B. zur vollen Anerkennung gelangten Prinzip von Treu und Glauben § 279 dann nicht für anwendbar, und somit den Schuldner für befreit halten müssen, wenn das unverschuldete subjektive Unvermögen seinen Grund hat in einer der objektiven Unmöglichkeit gleich zu achtenden Schwierigkeit[4]), z. B. Einfuhrverbot, Blockade u. a.

Ebenso kann von dem Anwendungsgebiet des § 279 noch der Fall ausgeschieden werden, wo der Schuldner rein persönlich an der Leistung verhindert ist. So z. B. wenn A. 100 Sack Ceylon-Kaffee, lieferbar *ultimo* des Monats, verkauft hat und durch Krankheit, die vom Abschluss des Geschäfts bis über den Lieferungstermin hinaus dauert, an der Anschaffung verhindert wird.

Dieses zwar subjektive Unvermögen des A. hat mit dem generischen oder speziellen Inhalt der Leistung nichts zu thun, und man darf eine Gesetzesvorschrift, auch wenn der Wortlaut es gestattet, nicht auf Fragen beziehen, die ihr offenbar fern liegen.[5])

Allein hierdurch wird nichts an der Thatsache geändert, dass von einem Gefahrübergange begrifflich nicht gesprochen werden kann, so lange ein Stück aus einer Gattung geschuldet wird. Denn beide Ausnahmen ergeben sich aus dem Grundsatz

---

[3]) Dieser Satz ist kein Quellenausdruck, sondern nur ein Satz der Doktrin (Thöl H.R. Band I, S. 446 n. 11).

[4]) So auch Oertmann zu § 279; Goldmann u. Lilienthal S. 165 n. 1; Planck S. 52 zu § 279; Skolny und Caro S. 323; Schollmeyer S. 106 zu § 279; Berndorff S. 46. Anderer Meinung Ubbelohde A. f. Z. Pr. 85, S. 120, anscheinend auch Endemann, Band I, S. 555 n. 15; Stammler S. 110; Cosack, Band I, S. 334.

[5]) So Berndorff S. 46; Oertmann zu § 243; Goldmann u. Lilienthal S. 165; Dernburg B.G.B. Band II, S. 133; Enneccerus u. Lehmann S. 427; Skolny u. Caro S. 323. Anders Cosack, Band I, S. 333.

über Treu und Glauben, nicht aus dem Begriff der Gattungsschuld.

Trotzdem ist die Frage nach dem Gefahrübergange bei Gattungsschulden nicht unnütz.

Da nicht eine Gattung, sondern nur eine Spezies geleistet werden kann, so muss sich einmal das Gattungsschuldverhältnis auf eine Spezies konzentrieren[6]), d. h. man muss einen die geforderten Gattungsmerkmale aufweisenden Gegenstand in für die Parteien verbindlicher Weise von den übrigen Gegenständen der gleichen Gattung trennen, um ihn zum Leistungsgegenstand zu machen. Das können grundsätzlich nur in der Sphäre der Gattungsschuld liegende Vorgänge hewirken. Hierzu gehören ausser Ereignissen, die ohne Zuthun und Wollen der Parteien, d. h. zufällig, eintreten, lediglich solche Vorgänge, die im Sinne der Erfüllung von den Parteien vorgenommen werden. Denn Wesen und Zweck des Schuldverhältnisses ist die Erfüllung. Alles, was diese nicht fördert, ist für dasselbe nicht wesentlich und scheidet daher aus seiner Sphäre aus. Eine Ausnahme ist im allgemeinen für den Zufall zu machen, da dieser für jedes Schuldverhältnis zwar nicht wesentlich, aber doch unvermeidlich ist[7]).

Nach § 243 Abs. 2 greift allerdings diese Ausnahme nicht Platz. Er beschränkt die Vorgänge, welche geeignet sind, Konzentration zu bewirken, auf die Erfüllungshandlungen, lässt mithin nicht einmal alle in der Sphäre der Gattungsschuld liegenden Vorgänge gelten.

Sobald Konzentration eingetreten ist, geht die Gefahr vom Schuldner auf den Gläubiger über[8]).

Hat A. dem B. ein Pferd schenkungsweise versprochen, so wird von der Konkretisierung ab nicht mehr ein Pferd, sondern ein bestimmtes Pferd, z. B. Castor, geschuldet. Stirbt dieses, so wird die Leistung unmöglich. A. wird nach § 275 frei, ohne Schadensersatz leisten zu müssen.

B. trägt also von der Konkretisierung ab die Gefahr oder, wie die Motive der II. Kommission sagen, Konkretisierung und Gefahrübergang sind notwendige Korrelate[9]).

---

[6]) Oertmann zu § 243 n. 4.
[7]) Haver S. 37.
[8]) Haver S. 39.
[9]) Vgl. hierzu Laband zu E. I., Band XXXIII, S. 175; gegen ihn Neumann S. 394.

Somit ist der Zeitpunkt des Gefahrüberganges gegeben, wenn die Frage nach dem Augenblicke der Konkretisierung beantwortet ist, und § 243 Abs. 2 ist — obschon er nur von der Konkretisierung spricht — auch für den Gefahrübergang die *sedes materiae.*

---

## § 8. Entstehungsgeschichte der Bestimmung.

Was die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen anbetrifft, so stimmt er der Sache nach mit Entwurf I § 214 überein.

Beide Paragraphen weichen nur in der Fassung des zu Grunde liegenden Gedankens von einander ab.

Der Entwurf I § 214 lautete:

> „Die Auswahl gilt erst dann als vollzogen, wenn die Leistung durch Uebergabe der ausgewählten Sache bewirkt oder, sofern schon zu einem früheren Zeitpunkt die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, wenn dieser Zeitpunkt eingetreten ist."

Die Konkretisierung ist also an den Gefahrübergang geknüpft.

§ 243 lässt dagegen die erstere eintreten, wenn der Schuldner das seinerseits Erforderliche gethan hat.

Die Aenderung erwies sich als nötig. Einerseits erlischt mit Leistung der geschuldeten Sache[10]) das Schuldverhältnis. Man kann in diesem Falle von einer Konkretisierung nicht gut mehr sprechen, und der 1. Satz des § 214 war mithin überflüssig.

Andererseits schien die übrige Fassung zu eng. Die Gefahr wurde vor der Uebergabe nur übertragen im Falle des Annahmeverzuges des Gläubigers (§ 300 Abs. 2), und wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die geschuldete Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet (§ 447 Abs. 1). Man hielt es jedoch für geboten, die gleiche Rechtsfolge wie im § 447 Abs. 1 für den Kauf auch bei anderen unentgeltlichen

---

[10]) Planck § 243 hält dies für inkorrekt, da nur durch Uebergabe einer vertragsmässigen Ware geleistet wird, während andernfalls noch die Haftung für Gewährsmängel bleibt. Indes glaube ich, dass das Erfordernis der Vertragsmässigkeit schon in obiger Fassung genügend zum Ausdruck kommt. Eine nicht vertragsmässige Sache ist doch nicht die „geschuldete".

Veräusserungsgeschäften, besonders aber bei einseitigen Verträgen (Schenkungsversprechen und Vermächtnis), eintreten zu lassen.[11])

Auf diese Weise entstand die allgemeinere Fassung des § 243 Abs. 2.

---

### § 9. Inhalt der Bestimmung.

Gehen wir nunmehr auf die nähere Fixierung des Momentes ein, in dem die Gefahr vom Schuldner auf den Gläubiger übergeht, so ergeben sich hierfür aus § 243 Abs. 2 zwei Voraussetzungen:

1. Der Schuldner muss das zur Leistung einer solchen Sache Erforderliche gethan haben.
2. Der Schuldner muss das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche gethan haben.

---

## B. Voraussetzungen des Gefahrüberganges.

### § 10. 1. Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes.

Nach § 243 Abs. 1 ist unter dem Beiworte „solchen" eine nur der Gattung nach bestimmte Sache mittlerer Art und Güte[12]) zu verstehen.

Die Sache muss also, damit die Gefahr übergeht, zunächst der verabredeten Gattung angehören. Sie muss ferner Mittelware sein, d. h. weder das Beste noch das Schlechteste, noch was dem Besten und dem Schlechtesten ganz nahe steht.[13])

Diesen Erfordernissen wird offenbar nicht genügt, wenn der Schuldner z. B. unter dem Durchschnitt oder eine mit besonderen Mängeln behaftete oder gar nicht der betreffenden Gattung angehörige Ware leistet. Wird in diesen Fällen der Mangel der Sache nicht dadurch gehoben, dass der Käufer trotz der Kenntnis des Fehlers die Sache vorbehaltlos annimmt (§ 464), so geht die Gefahr nicht über, und es würde z. B.

---

[11]) Bemerkt sei, dass man auch das Wort „Auswahl" im B.G.B. vermied, da es Grund zur Gleichstellung mit Alternativobligation bieten konnte. Schollmeyer S. 10 unter Verweisung auf Jakubetzky S. 50.

[12]) So auch A.H.G.B. Art. 335 (jetzt § 360), A.L.R., Band I, 5 § 275, code civil art. 1246, Sächs. G.B. § 696. Anders das r. R. l. 75 § 5, D. 46, 3 . . für Gattungsvermächtnis vergl. § 2155 — s. § 29 der Abhandlung.

[13]) Goldschmidt, Handb. § 62 n. 42.

bei Distanzschulden die Sache Hin- und Rückreise auf Gefahr des Schuldners machen.[14])

Ob auch eine Sache von besserer als mittlerer Art und Güte den Gefahrübergang hindert, ist nicht unbestritten. Während Planck[15]) die Frage ohne Angabe von Gründen verneint, ist sie nach Dernburg für das B.G.B.[16]) zu bejahen.

Nach dem Wortlaut des § 243 sei Ware mittlerer Art und Güte Vertragsgegenstand.

Zuzustimmen ist der letzteren Ansicht jedenfalls nur dann, wenn der Gläubiger ein besonderes Interesse an der Leistung gerade mittlerer Ware hat, z. B. weil der Käufer sie eher zum Verkauf bringt, oder weil er als Beamter den Anschein der Bestechung fürchtet. Anderenfalls würde seine Annahmeweigerung als Chikane auszulegen, und er aus § 226 zur Annahme verpflichtet sein.

---

## 2. Sonstige Pflichten des Schuldners.

### a) bei der gewöhnlichen Gattungsschuld.

### § 11. *a*) Platzschuld.

Vorausgesetzt, dass die Sache der soeben dargestellten Anforderung genügt, hat der Schuldner nach § 243 Abs. 2 noch das zur Leistung der Sache seinerseits Erforderliche zu thun, um die Gefahr zu übertragen.

Damit ist dem Zufall, der — wie schon hervorgehoben[17]) —, weil in der Sphäre jedes Schuldverhältnisses liegend, an sich geeignet wäre, Konkretisierung und somit Gefahrübergang herbeizuführen, zugleich mit der konkretisierenden Wirkung auch jede Bedeutung für den Gefahrübergang abgesprochen.

Es kommen von den in der Sphäre der Gattungsschuld liegenden Vorgängen vielmehr nur die wesentlichen d. h. die zum Zwecke der Leistung vorgenommenen Parteihandlungen in Betracht. Und zwar müssen diese dem entsprechen, „was seitens des Schuldners zur Leistung der Sache erforderlich ist".

---

[14]) Ebenso für A.H.G.B. Wolff S. 152 unter Verweisung auf Lutz Prot. S. 1379. St.G. Frankfurt i. Zentralorg. N.F., Band III, S. 360; Staudinger zu § 243.

[15]) Ebenso Heilfron S. 16; Staudinger zu § 243.

[16]) Dernburg B.G.B. Band II, S. 28/29, ebenso die im Text angeführte Definition Goldschmidts. Anders Dernburg a. a. O. für code civil art. 1246, wo der Schuldner nicht verpflichtet ist, beste Qualität zu liefern.

[17]) Vgl. S. 22 der Abhandlung.

Wann dies im einzelnen Falle geschehen ist, ergiebt das Wesen des gerade vorliegenden Schuldverhältnisses.

Für alle Schuldverhältnisse ist hervorzuheben, dass der Schuldner das seinerseits Erforderliche jedenfalls noch nicht gethan hat, wenn er den Leistungsgegenstand durch wörtliche Erklärnng oder thatsächlich ausschied.[18]) Auch dass er dies dem Gläubiger mitteilt, wird regelmässig nicht genügen.[19]) Denn er könnte beliebig von solcher Erklärung abgehen, und er müsste es thun, wenn die von ihm bestimmte Sache zu Grunde ging oder unter mittlere Art und Güte herabsank, weil er eine Sache solcher Art und Güte zu leisten hat. Die Bestimmung ist aber nur ein Schritt zur Leistung.[20])

Die Ausscheidungstheorie des gemeinen Rechts, und zwar in den von Heyer, Thöl und Regelsberger gegebenen Formen, hat B.G.B. also nicht anerkannt. Es ist vielmehr der Iheringschen Lieferungstheorie gefolgt. Wie bei dieser deckt sich auch für B.G.B. die Frage nach dem Gefahrübergange im allgemeinen mit der Frage, wann der Schuldner geleistet hat.

Zur Leistung ist in der Regel Uebergabe[21]) einer kontraktmässigen — d. h. den im vorigen Abschnitt ausgeführten Anforderungen entsprechenden — Sache an den Gläubiger erforderlich.

Diese kann auch nach B.G.B.[22]) in der Form der *brevi manu traditio* und des *constitutum possessorium* erfolgen. Die Gefahr geht hier im Augenblicke der Vereinbarung über.

Abgesehen von diesen beiden Fällen ist — und das wird die Regel bilden — reale Tradition erforderlich, d. h. Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache seitens des Gläubigers.[23])

Wann dies im einzelnen Falle geschieht, ist *quaestio facti.* Allgemeine Regeln lassen sich darüber nicht aufstellen. Bemerkt sei daher nur, die Erlangung der thatsächlichen Gewalt bedingt, wenn auch häufig, so doch nicht ausnahmslos, dass die Uebergabe an den Gläubiger persönlich stattfindet.

---

[18]) Dernburg B.G.B. Band II, S. 29 ff. Haver S. 67.

[19]) Vgl. Gefahrübergang infolge Annahmeverzugs § 15 der Abhandlung.

[20]) So, treffend Schollmeyer S. 11.

[21]) Es genügt nicht die Traditionsbereitschaft, wie Puntschart S. 288 für gem. R. vorschlägt.

[22]) §§ 854, 870 vbd. mit § 930.

[23]) § 854.

Hierhin gehören vor allem die Fälle, in denen die Sachen nach Anweisung des Gläubigers, oder wenigstens mit seiner Zustimmung, an einen ihm gehörigen Ort, z. B. Bauplatz, niederzulegen sind. Die Uebergabe ist hier in dem Augenblicke erfolgt, in dem das Niederlegen vollendet ist. Demnach geht der Unfall, der die Sache während des Abladens trifft, noch auf Kosten des Schuldners. Dagegen ist jeder Schaden, der sich etwa ereignet, während der Schuldner die bereits niedergelegte Sache auf Wunsch des Gläubigers umlagert, von diesem zu tragen.

Weiterhin gilt die Uebergabe natürlich auch dann als vollzogen, und die Gefahr als übertragen, wenn der Leistungsgegenstand, anstatt dem Gläubiger selbst, einem zum Empfange beauftragten Stellvertreter gegeben ist, sodass der Gläubiger mittelbarer Besitzer wird (§ 868). Eines speziellen Auftrages hierzu bedarf es nicht. Es genügt ein genereller. Selbst letzterer aber ist überflüssig, falls die Sache in Abwesenheit des Gläubigers einem Dienstboten desselben ausgehändigt ist. Ja, sogar die Kenntnis des Gläubigers von der geschehenen Uebergabe, die man als Grundlage des Willensaktes für nicht entbehrlich halten sollte, ist in diesem Falle nicht nötig. Sowohl Auftrag als Willen werden vielmehr ersetzt durch das Subordinationsverhältnis, das zwischen Dienstboten und Herrschaft besteht.[24])

Nur wenn Art und Beschaffenheit — z. B. der besonders hohe Wert — des Leistungsgegenstandes ergiebt, dass die Uebergabe gerade an den Gläubiger erfolgen soll, ist an dem strengen Erfordernis festzuhalten, und die Uebergabe an einen anderen als den Gläubiger nicht für gefahrübertragend zu erachten.

Die Uebergabe muss aber, um die Gefahr zu übertragen, nicht nur in der richtigen Form geschehen, sie muss zugleich zur rechten Zeit und am rechten Ort erfolgen.

Für die Zeit greifen die allgemeinen Grundsätze des § 271 Platz.

Ist eine Zeit weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Schuldner die Leistung sofort bewirken. Das Gleiche gilt im Zweifel — also z. B. bei unverzinslichen Geldschulden — wenn eine Zeit für die Vornahme der Leistung festgesetzt ist.

---

[24]) Auf die Entwickelung des Besitzerwerbs durch Dritte näher einzugehen, ist hier nicht der Ort. Ich verweise für das r. und gem. R. auf Dernburg, Pand. Band I, S. 424 ff. und die dort Citierten, für B.G.B. — das keine besondere Norm enthält — auf Endemann, Band II, S. 161 ff.

Hinsichtlich des Ortes der Uebergabe ist zu unterscheiden zwischen Hol- und Bringschulden.

Holschulden liegen nach § 269 stets vor, wenn ein Ort für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen — insbesondere aus der Natur des Rechtsverhältnisses — zu entnehmen ist. Bei Holschulden hat die Uebergabe an dem Orte zu erfolgen, an dem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz, bei Gewerbeschulden seine gewerbliche Niederlassung hat.

Die Gefahr trägt demnach der Gläubiger, sobald die Uebergabe an diesem Orte geschehen ist. Eine etwa inzwischen erfolgte Verlegung des Wohnortes ändert hieran nichts. Ebensowenig wird der Gefahrübergang dadurch berührt, dass der Gläubiger die Sachen nach der Uebergabe am Wohnorte des Schuldners zurücklässt, da der Schuldner in solchem Falle auf Grund eines *constitutum possessorium* für den Gläubiger besitzt.[25])

Der Ort, an welchem die Uebergabe der Sache erfolgen muss, ist ein anderer bei Bringschulden.

Eine solche ist nach § 270 1. Abs. im Zweifel vorhanden, wenn Geld Gegenstand des Schuldverhältnisses ist. Im übrigen besteht eine Bringschuld nur dann, wenn der Schuldner die Verpflichtung „zu bringen" übernommen hat. Das setzt nicht die wörtliche Verabredung voraus, die Sache zu „bringen". Es genügt, dass aus der Parteivereinbarung eine derartige Absicht hervorgeht.

Ob A. im Restaurant ein Glas Bier bestellt mit den Worten „Bringen Sie mir", oder „Ich wünsche", oder „Besorgen Sie mir", ist gleichgiltig. Es soll in allen Fällen „gebracht" werden.[26])

Ja, die ausdrückliche Parteiabrede ist überhaupt entbehrlich, wenn es Verkehrssitte ist, Waren der bestellten Art dem Gläubiger zu bringen, was besonders von den Verpflichtungen des täglichen Kleinhandels gilt, z. B. Bäcker, Fleischer, Milchhändler u. s. w. Hier spricht die Präsumtion für eine stillschweigende Parteivereinbarung auf „Bringen".

In allen diesen Fällen hat der Schuldner die bestellte Ware — wie schon der Name sagt — zu bringen. Er hat das zur Leistung seinerseits Erforderliche gethan, wenn er die Leistungssache dem Gläubiger an dessen Wohnort oder dem Ort seiner

---

[25]) Wolff S. 118. Ihering S. 420.
[26]) So Ihering S. 423.

gewerblichen Niederlassung übergiebt. Erst in diesem Augenblick geht die Gefahr auf den Gläubiger über.

Eine Modifikation erfahren die soeben für Hol- und Bringschulden aufgestellten Grundsätze natürlich dann, wenn die Parteien durch Vertragsabrede einen anderen als den gesetzlichen Erfüllungsort vereinbaren.[27])

Es soll z. B. ein Jagdfrühstück im Walde eingenommen werden, und der Wirt hat die Speisen und Getränke bis an den Waldsaum zu bringen. Hier liegt eine Kombination von Bring- und Holschuld vor, und die Gefahr geht über, sobald der Wirt die bestellten Waren den Jagdgehülfen am Waldsaum übergeben hat.

---

### § 12. *β)* Distanzschuld.

Von weit grösserer Wichtigkeit als bei Platzschulden ist die Beantwortung der Gefahrfrage bei Schuldverhältnissen, bei denen Gläubiger und Schuldner an verschiedenen Orten ihren Wohnsitz bezw. ihre gewerbliche Niederlassung haben — sog. Distanzschulden. Denn die Gattungsschuld tritt, als die Grundform des Grosshandels, zumeist in der Gestalt der Distanzschuld auf.

Eine Verschiedenheit von dem soeben für Platzschulden Ausgeführten ergiebt sich im allgemeinen nicht.

Hat der Schuldner am eigenen Wohnorte zu leisten, so geht die Gefahr über, wenn er dem zum Empfange der geschuldeten Sache an seinem Wohnorte erschienenen Gläubiger diese übergiebt.

Befindet sich dagegen der Erfüllungsort bei dem Gläubiger, so hat der Schuldner erst das seinerseits Erforderliche gethan, wenn die Uebergabe an den Gläubiger an dessem Wohnorte erfolgt ist. Der Schuldner trägt also die Gefahr der Uebersendung.[28])

Das für Platz- und Distanzschulden erzielte Resultat lässt sich, wie folgt, zusammenfassen:

> „Die Gefahr geht von dem Schuldner auf den Gläubiger über, wenn der Schuldner eine der verabredeten Gattung angehörende Sache von mittlerer Art und Güte dem Gläubiger oder seinem Stellvertreter zur rechten Zeit am Erfüllungsort übergiebt."

---

[27]) **Wolff S. 118.**
[28]) **Enneccerus-Lehmann S. 347; Schollmeyer S. 11.**

## § 13. Bei Gattungsschulden mit Versendungsgedinge.

Die soeben gefundene Regel erleidet eine wichtige Abweichung bei den „Schulden mit Versendungsgedinge“ [29]) — wie wir sie der Kürze halber nennen wollen, — d. h. bei Distanzschulden, bei denen der Schuldner auf Verlangen des Gläubigers die geschuldete Sache nach einem anderen Orte [30]) als den Erfüllungsort versendet.

Bei dem Vorliegen dieses Verlangens [31]), welches im Handelsverkehr — besonders im Grosshandel — so häufig ist, dass es bei Bestellungen von ausserhalb mit Recht im Zweifel als stillschweigend vereinbart angesehen wird [32]), hat nämlich der Schuldner schon mit der Absendung — also vor der Uebergabe an den Gläubiger — geleistet. [33])

Das mag befremdend erscheinen, zumal man häufig die Lehre anerkannt findet, dass eine *solutio* ohne *traditio* unmöglich ist. Allein diese Behauptung ist zunächst für solche Verträge zu verwerfen, die infolge ihrer Natur oder der Parteiabrede gar kein *tradere* zum Inhalt haben. Sie trifft auch für Verbindlichkeiten nicht zu, bei denen der Gläubiger das geschuldete Objekt in die Hände zu bekommen wünscht. Denn dem Gläubiger steht es frei, dem Schuldner die direkte Tradition an ihn selbst zu erlassen, sodass der Schuldner schon vor der vollendeten Tradition an den Gläubiger das seinerseits Erforderliche gethan, d. h. geleistet hat.

Eine solche Modifikation liegt für Schulden, deren Erfüllungsort sich beim Schuldner befindet, in dem Verlangen des Gläubigers, ihm die Waren zuzusenden.

Anderenfalls müsste man annehmen, dass infolge der Abrede nicht mehr der Wohnort des Schuldners, sondern der des Gläubigers Erfüllungsort sei, der Schuldner also die Gefahr der Reise zu tragen habe. Das aber widerspricht ohne Zweifel wenigstens da, wo der Gläubiger die Kosten der Versendung zu

---

[29]) Diese Bezeichnung ist m. E. der üblichen „Schulden auf Schicken“ vorzuziehen, da letztere zu Verwechselungen mit den Distanzschulden, deren Erfüllungsort sich beim Gläubiger befindet — die also auch auf ein Schicken gehen — Anlass geben kann.

[30]) Ob dies der Wohnort des Gläubigers ist oder nicht, ist ohne Belang.

[31]) Ein solches ist notwendig. Versendet der Schuldner aus eigener Initiative, so findet das Folgende natürlich nicht Anwendung.

[32]) So Dernburg, Pand. II, S. 260; Cosack Band I, S. 406; Oertmann S. 171.

[33]) So auch Eck, Rechtslex. Band II, sub Gattungskauf S. 7 a. E.; Enneccerus-Lehmann S. 347; Landé zu § 243 n. 4; Heilfron S. 19. — Anders Haver S. 62 ff. Bekker S. 384; Goldschmidt H.R. Band I, S. 632 n. 4; Planck zu § 447.

tragen hat, — diese also augenscheinlich lediglich im Interesse des Gläubigers erfolgt, — nicht nur dem Grundsatz[34]) von Treu und Glauben, sondern auch althergebrachtem Handelsbrauche auf das Empfindlichste. Denn der Schuldner pflegt stets „auf Ihre werte Rechnung und Gefahr“ zu versenden.

Zudem bestimmt B.G.B. im § 269 Abs. 3 ausdrücklich, dass auf eine Verlegung des Erfüllungsortes an den Bestimmungsort nicht deshalb zu schliessen ist, weil der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat[35]), obwohl man hier viel eher als im obigen Falle zu einer anderen Entscheidung geneigt sein könnte.

Wird aber durch die gedachte Vereinbarung der Erfüllungsort nicht verlegt, so bleibt auch nach wie vor der Schuldner nur zur Erfüllung an seinem Wohnort verpflichtet, und zwar grundsätzlich nach § 362 an den Gläubiger, jedoch mit dessen Zustimmung nach den Festsetzungen des § 185 natürlich auch an einen Dritten.

Eine derartige Zustimmung liegt in dem Verlangen des Gläubigers, ihm die geschuldete Sache zuzusenden.

Fraglich könnte nur scheinen, ob der Schuldner selbst oder die Uebermittlungsperson der Dritte ist. Im ersteren Falle würde mit der begonnenen, im letzteren Falle mit der vollendeten Absendung, nämlich der Uebergabe an die Uebermittlungsperson geleistet, und die Gefahr übergehen.

Die Entscheidung wird meines Erachtens kaum zweifelhaft sein. Denn der Moment der vollendeten Uebergabe ist nicht nur wegen seiner Bestimmtheit und scharfen Begrenzung dem höchst unbestimmten der begonnenen Absendung (Verpackung, Signierung) aus praktischen Gründen vorzuziehen, sondern auch infolge der theoretischen Konstruktion der Parteiabrede. Die gefahrübertragende Wirkung des Beginns der Absendung liesse sich halten, wenn man den Schuldner hinsichtlich der Versendung als Mandatar des Gläubigers auffasst. Dies aber ist, wie Ihering für das gem. R. überzeugend dargethan hat, so auch für das B.G.B. abwegig. Der Schuldner kann sich der einmal übernommenen Versendungspflicht nicht mehr entziehen, wozu er bei dem Vorliegen eines Mandats nach § 671 jederzeit berechtigt sein müsste. Das Versendungsgedinge bildet vielmehr ein integrierendes Moment seiner Gesamtverpflichtung.[36]) Es ist die *obligatio ex contractu* mit Rücksicht auf den Lieferungsmodus.

---

[34]) Aehnlich Oertmann S. 171.

[35]) Z. B. im Seehandel durch die Klausel „cif“.

[36]) So auch Oertmann zu § 446 n. 1b; Ebert bei Fischer-Henle zu § 447 n. 1.

Demnach erscheint es folgerichtig, das Verlangen des Gläubigers dahin zu erklären, dass es den Schuldner zur Uebergabe an eine Uebermittlungsperson mit Leistungseffekt ermächtigt.

Hiergegen liesse sich geltend machen, dass dadurch dem Gläubiger im Falle des Unterganges oder der Verschlechterung der Ware während der Uebersendung der Ersatzanspruch gegen die Uebermittlungsperson entzogen wird. Der zwischen dieser und dem Schuldner abgeschlossene Vertrag giebt unmittelbar nur dem Schuldner einen Anspruch auf Schadensersatz. Der Gläubiger könnte höchstens aus § 281 Cession dieses Anspruchs verlangen. § 281 schreibt aber eine Cessionspflicht nur für den Fall vor, dass der Schuldner infolge des Umstandes, der die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatzanspruch erhält, und der während der Uebersendung eintretende Unfall kann, — da die Leistung schon mit der Uebergabe an die Uebermittlungsperson erfolgt ist, — die Leistung nicht mehr unmöglich machen.

Der gleiche Vorfall belastet also den Gläubiger und giebt dem Schuldner einen Ersatzanspruch.

Diese Konsequenz steht in schroffem Widerspruche zu dem auch heute noch anerkannten Rechtsgrundsatze, dass, „wer den bösen Tropfen geniesst, auch den guten geniessen müsse“ — *cuius periculum eius est commodum* —[37]). Sie wäre daher geeignet, die Richtigkeit der von uns vertretenen Auffassung in Zweifel zu ziehen, wenn nicht der Einwand, aus dem sie folgt, selbst unbegründet wäre.

Auch wenn man den § 281 streng nach dem Wortlaut interpretiert und aus ihm für den Schuldner das Recht herleitet, die Cession des Ersatzanspruchs zu verweigern, ist nach § 226 die Ausübung dieses Rechtes stets dann unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Welch anderen Zweck aber sollte die Weigerung des Schuldners wohl haben, der bei selbständiger Geltendmachung des Ersatzanspruchs das hierbei Erlangte dem Gläubiger doch als ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812) herausgeben müsste!

Der Schuldner ist daher nach § 281, verbunden mit § 226, zur Cession verpflichtet, obwohl er mit der Uebergabe an die Uebermittlungsperson geleistet hat.

---

[37]) § 3 J. de empt. et vend. 3/2; ebenso l. 10 D. de R. J. 50/17. *Secundum naturam est commodo cuiusque res eum sequi, quem sequentur incommodo.*

Die Uebermittlungsperson kann, wie die Art der Versendung, sehr verschieden sein.

Der Laufbursche, der die geschuldete Sache zur Post bringen soll, hat als Uebermittlungsperson in dem obigen Sinne nicht zu gelten. Die Beförderung zur Post gehört zu den Obliegenheiten des Schuldners. Erst von dem Augenblicke ab, wo der Bote die Ware dem Postbeamten übergeben hat, trägt der Gläubiger die Gefahr.

Anders liegt es, wenn die geschuldeten Sachen per Achse zur Bahn geschafft werden sollen, und hiermit ein Frachtführer oder Spediteur beauftragt wird. In solchem Falle hat die Absendung schon mit der Uebergabe an den Frachtführer begonnen. Es geht demgemäss die Gefahr mit diesem Akte über. Dass ein Gleiches anzunehmen ist, wenn ein Dritter, der weder Spediteur noch Frachtführer ist, im Auftrage des Schuldners die geschuldete Sache zur Bahn schafft, ist unwahrscheinlich. Man müsste sich dann ebenso entscheiden, falls der Schuldner selbst durch eigenes Gespann den Transport zur Bahn ausführt. Denn sofern der Gläubiger nur allgemein die Zusendung verlangt hat, — und das wird in der Regel der Fall sein, — steht dem Schuldner die Wahl der Uebermittlungsperson frei, und man könnte ihm schwerlich die Berechtigung absprechen, sich selbst zu wählen, um den Fuhrlohn zu verdienen. Dieser Fall aber würde sich von dem soeben erwähnten, — wo die Besorgung zur Post einem Laufburschen übertragen wurde, — durch nichts anderes unterscheiden, als durch Gewicht oder Umfang des Leistungsgegenstandes. Hierauf einen Unterschied der Gefahrnormierung gründen zu wollen, hätte keinen Sinn. Auch wird das Verlangen auf Uebersendung von dem Gläubiger offenbar nur in der Voraussetzung gestellt, dass der Schuldner bei Uebersendung die verkehrsübliche und zweckmässige Uebermittlungsart wählt. Verkehrsüblich und zweckmässig sind aber nur die vom Gesetze geschaffenen Beförderungseinrichtungen.

In Ermangelung einer anderweiten besonderen Anweisung[38]) sind daher ausser der Eisenbahn und der Post höchstens die vom Gesetze[39]) anerkannten Beförderungseinrichtungen, nämlich Spediteure und Frachtführer, als geeignete Uebermittlungspersonen anzusehen.[40])

---

[38]) So auch § 447, 1: „oder einer sonst zur Ausführung bestimmten Person". Vgl. S. 59 der Abhandlung.

[39]) So H.G.B. §§ 407, 425.

[40]) Ebenso Berndorff S. 71. Anders Oertmann zu § 447 und Ihering a. a. O. S. 429 ff.; anscheinend auch Haver S. 64.

Der Kreis der hierdurch als geeignet anerkannten Uebermittlungspersonen ist durchaus nicht so eng, als es scheinen mag. Nach § 451 H.G.B. hat nämlich die rechtliche Stellung eines Frachtführers nicht allein, wer gewerbsmässig die Beförderung von Gütern zu Lande, auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern übernimmt, sondern auch ein Kaufmann, der dies im Betriebe seines Handelsgewerbes thut. Dem analog bestimmt § 415 H.G.B., dass als Spediteur auch gelten soll, wer als Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Güterversendung durch Frachtführer oder Verfrachter für Rechnung eines andern im eigenen Namen im Einzelfalle übernimmt.

Allein auch die Uebergabe an eine geeignete Uebermittlungsperson genügt an sich zum Gefahrübergang noch nicht. Stets ist hierzu erforderlich, dass die Uebergabe der Leistungssache zum Zweck der sofortigen Uebersendung an den Gläubiger erfolgt. Denn durch das Versendungsgedinge ist an die Stelle der Uebergabe an den Gläubiger nicht bloss die Uebergabe an den Frachtführer getreten, sondern ein Versenden an den Gläubiger. Der Schuldner muss daher die Leistungssache einer geeigneten Uebermittlungsperson nicht nur übergeben, sondern dieser zugleich den Auftrag erteilen, die Sache dem Gläubiger unverzüglich zuzusenden. Uebergiebt z. B. A. dem Frachtführer ein Fass Wein, behält sich aber vor, den Zeitpunkt der Absendung oder den Adressaten nachträglich zu bestimmen, so geht die Gefahr erst über, wenn die Weisung des A. dem Frachtführer zugestellt wird. Ein etwa vorher eintretender zufälliger Schaden trifft den A.

Mithin erhalten wir folgendes Ergebnis:

> „Bei Gattungsschulden mit Versendungsgedinge geht die Gefahr von dem Schuldner auf den Gläubiger über, wenn der Schuldner eine der vereinbarten Gattung angehörende Sache mittlerer Art und Güte einer vom Gesetze anerkannten Uebermittlungsperson oder -anstalt zwecks unverzüglicher Beförderung an den Gläubiger übergeben hat."

Dass dieses Resultat dem Sinne des B.G.B. entspricht, bestätigt § 447 Abs. 1 [41]). Wie schon im Eingang der Abhandlung

---

[41]) **Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem**

hervorgehoben wurde,[42]) ist nämlich nach den Motiven die dem Entwurf I § 214 gegenüber freiere Fassung des § 243 Abs. 2 nur gewählt, um die Bestimmung des § 447 Abs. 1, welche im Wege der Analogie schon an und für sich auf gegenseitige Verträge ausgedehnt werden konnte, auch für einseitige Verträge (Schenkungsversprechen und Vermächtnis) anwendbar zu machen.

---

Die hiermit gegebene Regel fordert zum Gefahrübergange, dass der Schuldner die zu leistende Sache der Uebermittlungsperson übergiebt. Sie geht offenbar von der Voraussetzung aus, dass Uebermittlungsperson und Schuldner verschiedene Personen sind. Das ist zweifellos der Normalfall. Doch kommt es nicht selten vor, dass Frachtführer, Spediteur, Eisenbahn oder Post als Schuldner eine Gattungsschuld mit Versendungsgedinge eingehen und zugleich den Transport ausführen. Gilt die obige Norm auch in solchen Fällen?

Grundlegend für die Beantwortung dieser Frage ist, ob man die Eigenschaft als Schuldner oder die als Uebermittlungsperson als die massgebende ansieht. Im ersten Falle würde z. B. geradeso, wie wenn ein Schuldner, der nicht Frachtführer oder Spediteur ist, den Transport zur Bahn selbst ausführt, die Gefahr erst mit der Uebergabe der Sachen an die Eisenbahn übergehen, während er im letzteren Falle von dem Abschluss des Frachtvertrages (— Unterzeichnung des Frachtbriefs —) an als Frachtführer fungieren, also mit diesem Akte die Gefahr übertragen würde. Meines Erachtens ist der erstgenannten Ansicht beizutreten. Die Existenz des Schuldverhältnisses ist bedingt dadurch, dass jemand sich zu einer Leistung verpflichtet bezw. verpflichtet wird, d. h. in die Rechtslage eines Schuldners tritt. Ob er Frachtführer ist oder nicht, ist ohne Einfluss. Schon deshalb darf man die Eigenschaft als Schuldner als die primäre ansehen. Entscheidend aber ist folgende Erwägung. Hat z. B. der Frachtführer August Müller als Schuldner eine Gattungsschuld kontrahiert, so liesse sich sein Auftreten als Frachtführer juristisch nur dadurch rechtfertigen, dass der Schuldner und Frachtführer August Müller mit sich selbst eine *locatio conductio operis* abgeschlossen hat, durch welche der Frachtführer August Müller sich dem Schuldner August Müller verpflichtet hat, die zu leistende Sache zur Eisenbahn zu bringen.

---

Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat. Vgl. dazu Motive Band II, S. 11.

[42]) Vgl. S. 23 der Abhandlung.

Eine derartige Annahme hat aber nicht nur keinen Sinn, weil sie voraussetzt, dass der Frachtführer und Schuldner August Müller zu der gleichen Zeit in der Rolle des *locator* und in der des *conductor* auftritt, sie ist auch für den Gläubiger der Gattungsschuld höchst gefährlich. August Müller ist in seiner Eigenschaft als Frachtführer aus den oben näher wiedergegebenen Gründen[43]) Bevollmächtigter dieses Gläubigers und hat als solcher dessen Interesse wahrzunehmen. In seiner Eigenschaft als Schuldner handelt er dagegen im eigenen Interesse. Wessen Interesse August Müller, mag er auch alle Vorzüge eines *diligens pater familias* besitzen, bei dieser Kollision in höherem Masse vertreten wird — das ihm fremde oder das eigene, liegt auf der Hand. Und welche Sicherheit bietet sich endlich dem Gläubiger der Gattungsschuld, wenn ein Gegenstand der geforderten Art untergeht oder sich verschlechtert? Wird sich nicht August Müller, auch wenn er den Frachtvertrag noch nicht kontrahiert hat, darauf berufen können, er habe den Frachtvertrag schon vorher gerade mit Bezug auf den betroffenen Gegenstand mit sich abgeschlossen, und der Unfall gehe also auf Gefahr des Gläubigers, ohne dass sich diesem ein wirksames Schutzmittel bietet?

Auch ohne die besondere Bestimmung des § 181 würde man demnach für den vorliegenden Fall das Selbstkontrahieren für unzulässig erklären können.[44])

Der Schuldner, welcher zugleich Uebermittlungsperson ist, kann mithin für das betreffende Schuldverhältnis nicht in dieser Eigenschaft fungieren. Er verliert damit zugleich das hieran haftende Vorrecht, als „geeignete“ Uebermittlungsperson zu gelten.

Die Gefahr geht deshalb, wenn der Schuldner Frachtführer oder Verfrachter ist, erst mit der Uebergabe der Leistungssache an die Eisenbahn, wenn er Spediteur ist, mit der Uebergabe an den Frachtführer oder Verfrachter auf den Gläubiger über. Ist das Postamt in X. Schuldnerin, geschieht dies mit der Uebergabe an die Bahnpost, und hat endlich die Bahnstation Y. zu leisten, überträgt sie die Gefahr, sobald sie den Gegenstand der Güterexpedition ausgeliefert hat.

---

[43]) Vgl. S. 31 fge. der Abhandlung.

[44]) Ueber Selbstkontrahieren überhaupt vgl. Leonhard S. 77/78.

### § 14. c) Bei nachträglich eintretender Gefahrerhöhung.

Nach dem bisher Ausgeführten hat der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche mit der Erfüllung gethan. Es geht nach § 243 Abs. 2 die Gefahr erst in diesem Augenblick auf den Gläubiger über.

Allein die Erfüllung ist zwar der regelmässige, doch nicht der einzige Zeitpunkt des Gefahrüberganges.

Das zeigt sich unter bestimmten Voraussetzungen bei den Gattungsschuldverhältnissen, deren Erfüllungsort sich bei dem Gläubiger befindet. Auch bei ihnen ist zwar für den Leistungsort der Wohnsitz oder Ort der gewerblichen Niederlassung massgebend, aber nicht derjenige zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses, sondern zur Zeit der Erfüllung. Aendert der Gläubiger also in der Zwischenzeit seinen Wohnsitz, so wird dadurch auch der Erfüllungsort verändert. Zugleich mit der Möglichkeit einer nachträglichen Verlegung des Erfüllungsortes ist die der Erhöhung der Uebermittlungsgefahr gegeben. Tritt diese Eventualität ein, z. B. dadurch, dass die Entfernung sich bedeutend vergrössert, so darf der Schuldner zwar nicht etwa die Uebermittlung verweigern, indes hat nach § 270 Abs. 3 nicht er, sondern der Gläubiger die Gefahr der Uebermittlung zu tragen.[45])

Die Gefahr geht also hier auf den Gläubiger in dem Augenblick über, in dem die Uebermittlung beginnt.

Dieser wird in der Regel für Platz- und Distanzschulden ein verschiedener sein.

Bei ersteren ist „Uebermitteln“ soviel wie „Bringen“, bei letzteren soviel wie „Uebersenden“.

Zwar ist unter „Bringen“ gerade so wie unter „Uebersenden“, begrifflich ein jedes *loco movere* der Ware von ihrem Lagerorte an einen anderen Platz zu verstehen.[46]) Der Begriff des Versendens erfordert also keineswegs unbedingt, dass sich Absendungs- und Bestimmungsort in verschiedenen politischen Gemeinden befinden. Dennoch kommt letzteres bei Distanz-Schulden erfahrungsgemäss so häufig vor, dass man selten fehlgehen wird, wenn Schuldner und Gläubiger an verschiedenen Orten wohnen, von „Versenden“ zu sprechen, und sobald der Wohnort für beide Parteien der gleiche ist, ein „Bringen“ anzunehmen.

---

[45]) So auch r. R. l. 10, § 21 D. 1/8; l. 12, § 1 D. 16/3; l. 4, § 5 D. 2/13. Ebenso Ihering S. 422, 423.

[46]) Oertmann zu § 447.

Da es bei der Mannigfaltigkeit der Fälle für uns sich nur darum handeln kann, allgemeine Regeln aufzustellen, so dürfen wir „Uebersenden“ als ein Uebermitteln von Ort zu Ort, „Bringen“ als ein solches innerhalb eines Ortes bezeichnen.

Es liegt in der Natur der Verkehrsverhältnisse, dass jenes fast stets unter Inanspruchnahme der Eisenbahn oder einer sonstigen Beförderungsanstalt, dieses dagegen meist durch den Schuldner selbst oder seinen Boten geschehen wird.

Hieraus ergiebt sich für den Beginn der Uebermittlung und somit für den Gefahrübergang meines Erachtens eine bemerkenswerte Verschiedenheit zwischen Platz- und Distanzschulden.

Bei beiden genügt das Verpacken, Signieren u. s. w. der Waren nicht. Das sind vorbereitende Handlungen, die mit der Uebermittlung selbst nichts zu thun haben.

Das Bringen wird man indes auch mit der vollendeten Uebergabe an den etwa beauftragten Boten ebensowenig als begonnen erachten können, als wenn der Schuldner selbst die Leistungssache in die Hand nimmt. Denn der Bote ist nur der Gehilfe des Schuldners. Man muss vielmehr fordern, dass der Bote — oder der Schuldner selbst — sich auf den Weg macht, um dem Gläubiger die Leistungssache zu übermitteln.

Anders bei Distanzschulden. Hier hängt der Zeitpunkt, in dem das Fortbewegen des Gegenstandes beginnt, infolge der heutigen Verkehrsverhältnisse so wenig von dem Willen des Schuldners ab, dass es unbillig wäre, erst mit diesem Zeitpunkt das Uebermitteln als begonnen, und die Gefahr als übertragen anzusehen. Wie schon oben bei den Schulden mit Versendungsgedinge wird vielmehr die vollendete Uebergabe an die Uebermittlungsperson — Frachtführer, Spediteur, Eisenbahn oder Post — als das entscheidende Moment für den Beginn der Uebermittlung und somit für den Gefahrübergang anzusehen sein.

Falls die angegebenen gewöhnlichen Verkehrswege gewählt werden, ergiebt sich folgendes Resultat:

> „Tritt bei Gattungsschuldverhältnissen, deren Erfüllungsort sich beim Gläubiger befindet, durch nachträgliche Verlegung des Leistungsortes eine Erhöhung der Uebermittlungsgefahr ein, so geht bei Platzgeschäften die Gefahr über, sobald die Lokomotion des Leistungsgegenstandes zwecks Uebermittlung an den Gläubiger beginnt, bei Distanzgeschäften, wenn die Uebergabe der zu leistenden Sache an den Frachtführer, Spediteur, Eisenbahn oder Post — zu gleichem Zwecke erfolgt ist.“

Die soeben aufgestellte Regel scheint sich mit dem im § 243 Abs. 2 ausgesprochenen Grundsatze nicht zu decken.

Allein es ist der Fall.

Zwar hat der Schuldner im Augenblicke des Gefahrüberganges noch nicht geleistet. Denn der Erfüllungsort befindet sich nach wie vor bei dem Gläubiger, und das Uebermitteln an diesen ist dem Schulder nicht, wie bei den Schulden mit Versendungsgedinge, erlassen.

Dennoch hat der Schuldner schon bei dem Gefahrübergange das zur Leistung seinerseits Erforderliche gethan.

Massgebend für den Inhalt einer Schuldverbindlichkeit ist in Ermangelung späterer anderweiter Parteiabrede der Zeitpunkt des Abschlusses.

Der Schuldner hat hiernach an dem Wohnorte des Gläubigers zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses zu liefern. Dass er dies nicht thun kann, hat seinen Grund in einem freien Willensentschlusse des Gläubigers.

Denn in der Regel wird schon zum Verlegen des Wohnsitzes eine Willensäusserung erfordert.[47]) Und auch, wo dies nicht zutrifft, — beim *domicilium necessarium*,[48]) — ist jedenfalls für die Aenderung des Leistungsortes ein freier Willensentschluss des Gläubigers vorhanden. Er hat es ja in seinem Belieben, den alten Wohnort, trotz der inzwischen erfolgten Wohnsitzänderung, als Erfüllungsort weiter gelten zu lassen.

Wollte man ohne Rücksicht hierauf annehmen, dass der Schuldner im Augenblicke des Gefahrüberganges das zur Leistung seinerseits Erforderliche noch nicht gethan hat, so müsste man dem Gläubiger das Recht einräumen, durch nachträgliche Veränderung seines Wohnsitzes und damit herbeigeführte Vermehrung der Gefahr die Leistungspflicht des Schuldners beliebig zu erhöhen, ohne dass diesem — ausgenommen im Falle der Chikane des Gläubigers (B.G.B. § 226) — ein gesetzliches Abwehrmittel gegeben wäre. Dies aber würde mit Rücksicht auf das im B.G.B. zur vollen Geltung gelangte Prinzip von Treu und Glauben ein geradezu unerträglicher Rechtszustand sein.

Man könnte schliesslich — und hat es in der That gethan — im Interesse des Gläubigers den Einwand erheben, dass es doch gerade diesem Grundsatze mehr entsprechen dürfte, den Gläubiger nur die Gefahrerhöhung tragen zu lassen,

---

[47]) So B.G.B. § 7 Abs. 3.
[48]) B.G.B. §§ 9, 10, 11.

Eine derartige Teilung der Gefahr — etwa nach dem Verhältnisse der Entfernung — ist aber, wie schon im Eingange der Abhandlung[49]) erwähnt ist, und wie auch die Kommissionsprotokolle[50]) betonen, unmöglich. Ausserdem würde sie nicht befriedigend sein, weil ja durch einen Willensentschluss[51]) des Gläubigers der Leistungsort und damit der Uebermittlungsweg geändert, und dadurch der Leistungsgegenstand dem etwa eintretenden Unfall ausgesetzt worden ist.

Ob der Schuldner oder dessen Bote übrigens bei der Uebermittlung von den besonderen Anweisungen des Gläubigers über die Art der Uebermittlung abweicht oder die in Ermangelung solcher Anweisungen als stillschweigend vereinbart anzunehmende zweckmässige Uebermittlungsart ausser Acht lässt, ist für den Gefahrübergang ohne Bedeutung. Der Schuldner wird dadurch nur, wie sich aus den allgemeinen Regeln der §§ 280 ff. des B.G.B. und infolge Analogie aus den besonderen Bestimmungen des § 447 Abs. 2 ergiebt, für den aus den Abweichungen etwa entstehenden Schaden verantwortlich[52]), der aber ein Verschulden zur Ursache hat und daher als Gefahr nicht aufzufassen ist.

---

### § 15. d) Bei Annahmeverzug des Gläubigers.

Ein weiterer Fall des Gefahrüberganges vor erfolgter Leistung ist nach B.G.B. § 300 Abs. 2 gegeben, wenn der Gläubiger dadurch in Verzug kommt, dass er die angebotene Sache nicht annimmt. Verweigert nämlich der Gläubiger bei Bringschulden die Annahme der von dem Schuldner am rechten Orte und zur rechten Zeit angebotenen, vertragsmässigen Ware, so ist letzterem das Bewirken der Leistung infolge Annahmeverweigerung des Gläubigers zur Zeit[53]) unmöglich. Im übrigen hat er aber das seinerseits Erforderliche gethan, und man muss deshalb schon jetzt die Gefahr übergehen lassen.

Der ausdrücklichen Annahmeverweigerung des Gläubigers steht es gleich, wenn der Schuldner weder ihn noch einen Vertreter zur rechten Zeit am rechten Orte trifft. Erscheint z. B. A.,

---

[49]) So S. 4, Anm. 10 der Abhandlung.
[50]) S. Kommissionsprotok.
[51]) S. S. 39 der Abhandlung.
[52]) So Ebert bei Fischer-Henle zu § 447 Abs. 2; Motive Band II, S. 326; Nürnberger Prot. S. 140; Landé zu § 447 n. 6; Oertmann zu § 447, S. 172.
[53]) d. h. solange die Weigerung dauert, *purgatio morae* ist möglich.

der dem B. ein Darlehn von 1000 Mark am 17. April 1900 nachmittags 3 Uhr in dessen Wohnung zurückzuerstatten hat, zur angegebenen Zeit mit dieser Summe, ohne dass ihm auf sein Klingeln geöffnet wird, so geht in diesem Moment die Gefahr über. Kenntnis des Gläubigers von dem an sich korrekten Angebot ist hierzu nicht erforderlich, wie aus § 299 mittels *argumentum a contrario* zu entnehmen ist.[54])

Für das thatsächliche Angebot ist also die Anwendung des § 300 Abs. 2 unbestritten.

Wie aber steht es — das ist die weitere Frage — hiermit bei dem wörtlichen Angebote des § 295 und bei der im § 296 erwähnten Art des Annahmeverzuges?

Nach dem strengen Wortlaut des § 300 Abs. 2 könnte man geneigt sein, die Anwendbarkeit zu verneinen, wenn zum Annahmeverzug des Gläubigers Annahmeverweigerung seinerseits auf Grund eines wörtlichen Angebots genügt, also bei Holschulden und bei solchen Gattungsschulden, die in Folge besonderer Parteiabrede die nähere Bestimmung des Leistungsgegenstandes dem Gläubiger überlassen.

Einige[55]) hegen denn auch Bedenken, da nach § 295 der Schuldner nicht, wie § 300 Abs. 2 verlangt, die geschuldete — d. h. eine individuell bestimmte — Sache, sondern nur die Leistung anzubieten habe. Trotzdem geben sie die Zweckmässigkeit und Haltbarkeit einer analogen Anwendung zu.

Die Meisten halten dagegen — meines Erachtens mit Recht — die Anwendbarkeit für zweifellos möglich.[56]) Die oben angeführten Bedenken verlieren sich nämlich, wenn man[57]) die §§ 294 und 295 im Zusammenhange interpretiert.

Darnach muss in den Fällen beider Paragraphen die Leistung „so, wie sie zu bewirken ist", angeboten werden, regelmässig thatsächlich, ausnahmsweise wörtlich. Die Leistung „so, wie sie zu bewirken ist", kann aber auch wörtlich nur angeboten werden, wenn die zu leistende Sache ausgeschieden ist.

Mithin verlangt § 295, ebenso wie § 300 Abs. 2 eine individuell bestimmte Sache.

Ausserdem spricht für eine analoge Anwendung die Natur der Sache. Denn auch bei dem wörtlichen Angebot wird der

---

[54]) So Oertmann zu § 294; Stammler S. 152. Anders Landé zu § 294 n. 1.

[55]) So Planck S. 75 zu § 300 und Oertmann zu § 300.

[56]) Cosack B.G.B. Band I, S. 348; Berndorff S. 38; Skolny und Caro S. 344; Schollmeyer S. 144 zu § 243.

[57]) Schollmeyer S. 144 zu § 243.

Schuldner ja nur durch die Weigerung des Gläubigers an der Vollendung der Leistung gehindert. Allerdings ist das wörtliche Angebot als eine empfangsbedürftige Willenserklärung aufzufassen,[58]) und daher nach §§ 130 bis 132 das Zugehen des Angebots erforderlich.

Demnach hat in den Fällen des § 295 der Schuldner das seinerseits Erforderliche gethan, und die Gefahr geht nach § 243 Abs. 2 über, wenn die Sache thatsächlich ausgeschieden, und dem Gläubiger ein wörtliches Angebot zugegangen ist.

Eine Schwierigkeit ergiebt sich jedoch für die dritte Art des Annahmeverzuges, nämlich für die im § 296 genannte.

Wenn für eine von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung die Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, und der Gläubiger diese Handlung nicht rechtzeitig vornimmt, so bedarf es nach dem römischen Satze: *dies interpellat pro homine* überhaupt keines Angebots, um den Gläubiger in Annahmeverzug zu setzen.

Skolny und Caro[59]) halten selbst in diesem Falle § 300 Abs. 2 für anwendbar[60]). Sie geben zwar zu, dass Abs. 2 nicht gelten könne, wenn man sich an den Wortlaut „angebotene (Leistung) nicht annimmt" hält. Aber sie weisen diese Auslegung zurück, weil sie im Widerspruch stehe mit dem im § 243 Abs. 2 enthaltenen Prinzip, dass der Schuldner durch kasuellen Untergang der Sache frei werde, sobald er — sei es vor, sei es nach der Weigerung des Gläubigers, die Ware anzunehmen, — diese anschafft und sich dadurch in Erfüllungsbereitschaft setzt. Der Wortlaut des § 300 Abs. 2 erkläre sich daraus, dass das Gesetz den Normalfall der Real- und Verbaloblation im Auge hat.

Nach ihnen greift § 300 Abs. 2 in folgendem Beispiel Platz:

A. hat an B. per ultimo 30 Laura-Aktien zu liefern, wenn B. einen bestimmten Vorschuss am 15. leistet. B. zahlt nicht, trotzdem schafft A. die Aktien an. Sie verbrennen.

Mag man auch zugeben, dass die Anschaffung der Aktien durch A. nach der Weigerung des B. deshalb gerechtfertigt scheint, weil der Gläubiger nach allgemeinem Rechtsgrundsatze[61]) durch *purgatio morae* jederzeit in der Lage ist, Erfüllung des Vertrages zu verlangen, so ist keinesfalls der Anwendbarkeit des

---

[58]) So auch Staudinger zu § 295, S. 54.

[59]) S. 344.

[60]) Anderer Meinung Planck S. 75 zu § 243; Oertmann anscheinend mit Skolny übereinstimmend. Dernburg, B.G.B. Band II, S. 167 i. d. M.

[61]) Vgl. Oertmann S. 49, Vorbem. zu § 293.

§ 300 Abs. 2 zuzustimmen. Dieser verlangt ausdrücklich, dass die angebotene Sache nicht angenommen wird.

Hätte man Konkretisierung mit jedem Verzug eintreten lassen wollen, so würde man doch klarer und einfacher statt dieser Spezialisierung gesagt haben:

„Bei Gattungsschulden geht die Gefahr über, wenn der Gläubiger in Verzug der Annahme kommt."

Man muss sich daher wohl der engeren Auslegung[62]) anschliessen und zur Konkretisierung und somit zum Gefahrübergange verlangen, dass A. wenigstens wörtlich (z. B. durch empfangsbedürftigen Brief) den B. zur Leistung des Vorschusses auffordert und ihm die 30 Laura-Aktien anbietet.

---

### § 16. e) Bei Parteiabrede.

Vor der Leistung kann endlich Gefahrübergang eintreten infolge besonderer Parteiabrede.

Gerade so wie es den Parteien frei stand, das seitens des Schuldners Erforderliche durch Parteiabrede dem Gesetze gegenüber zu mindern und dadurch indirekt einen früheren Eintritt der Konkretisierung und somit des Gefahrüberganges herbeizuführen[63]), ist es natürlich statthaft, unmittelbar früher den Gegenstand der Leistung zu spezialisieren oder dies auf einen späteren Zeitpunkt zu verlegen.[64])

Allerdings ist hierzu *consensus* d. h. beiderseitige Willensübereinstimmung[65]) erforderlich.

In der einseitigen Erklärung des Schuldners an den Gläubiger oder umgekehrt des Gläubigers an den Schuldner, eine bestimmte Sache liefern zu wollen, wird man eine Offerte erblicken dürfen, schon jetzt die Gattungsschuld in eine Speziesschuld umzuwandeln[66]), durch deren Annahme das Objekt der Leistung spezialisiert wird. Der Grund liegt nahe. Jede Spezialisierung vor der Leistung oder vor Uebergabe an den Frachtführer u. s. w. oder vor Annahmeverzug verstösst gegen die *lex contractus*, die sich in Ermangelung bereits erfolgter abweichender Parteivereinbarung mit dem Gesetze deckt. Der Schuldner ist zu ihr

---

[62]) So Schollmeyer zu § 300; Oertmann, Planck ebenda.
[63]) S. S. 30 der Abhandlung.
[64]) Vgl. Wolff S. 97.
[65]) So auch Enneccerus und Lehmann S. 347; Skolny und Caro S. 273.
[66]) So Schollmeyer S. 11; Dernburg B.G.B. Band II, S. 29; Haver S. 51.

also nicht berechtigt[67]), wenn nicht der Gläubiger seine Zustimmung erteilt, man müsste dann dem Schuldner das Recht zugestehen, zu seinen Gunsten die Lage des Gläubigers eigenmächtig zu verschlechtern. Es genügt mithin nicht, dass der Schuldner durch rechtsgeschäftliche Ausscheidungshandlung — Trennung verbunden mit empfangsbedürftiger Notifikationserklärung — objektiv und verbindlich die geschuldete Sache hergestellt habe.

Endemann[68]) sucht diese Behauptung dadurch zu stützen, dass er im Falle des Vertragserfordernisses nicht mehr eine Gattungsschuld, sondern einen Vorvertrag als vorliegend erachtet.

Indessen kann dies wohl nur dann gelten, wenn die Parteien schon bei Begründung der Gattungsschuld sich verpflichtet haben, die Konzentration abweichend von dem Gesetze zu bestimmen.[69])

Wir müssen daher, entgegen der Ansicht Endemanns, einen Vertrag zur vorzeitigen Spezialisierung verlangen. Ist aber diesem Erfordernis genügt, so müsste man auch zugleich Gefahrübergang eintreten lassen. Denn Konkretisierung und Gefahrübergang sind notwendige Korrelate.[70]) Bei einseitigen Verträgen erscheint dies unbedenklich, da bei ihnen nach § 275 der Gläubiger schon vor dem Entstehen des Schuldverhältnisses die Gefahr trägt.

Wie aber lässt sich der obige Satz bei gegenseitigen Verträgen rechtfertigen? Bei ihnen würden wir zu nachstehender Folgerung gelangen:

1. Kaufe ich von A. das Pferd „Ajax", so geht die Gefahr nach § 446 Abs. 1 erst mit der Uebergabe auf mich über.
2. Kaufe ich dagegen von A. zunächst ein Pferd, vereinbare aber bald darauf mit ihm, dass er mir das Pferd „Ajax" liefern soll, so trage ich die Gefahr schon vom Augenblick der Vereinbarung ab.

Eine solche Verschiedenheit in der Gefahrnormierung ist unerträglich, da die Fälle zu 1 und 2 von der Vereinbarung ab durchaus gleichartig sind.

---

[67]) Darin besteht der Unterschied der Thölschen Lehre, wo der Schuldner jederzeit zur Ausscheidung berechtigt war, der Gläubiger musste also die Anzeige jederzeit annehmen und der Charakter der Offerte ging dadurch verloren. Vgl. S. 13 fge. der Abhandlung.

[68]) Endemann Band I, S. 515.

[69]) Auch nach Endemann ist nämlich ein Vorvertrag ein bindender Vertrag, dessen Leistungsinhalt in der Verpflichtung zum Abschluss eines zweiten Vertrages besteht. Vgl. Band I, S 456.

[70]) Vgl. S. 22 der Abhandlung.

Und in der That ist obige Folgerung abwegig, nicht deshalb, weil der Satz: „Konkretisierung und Gefahrübergang sind notwendige Korrelate“ unrichtig wäre, sondern weil durch die Parteiabrede eine Konkretisierung im technischen Sinne überhaupt nicht erfolgt ist. Unter dieser ist nämlich, wie bereits erwähnt[71]), nur die Bestimmung des Leistungsgegenstandes zu verstehen, die aus der Natur der Gattungsschuld heraus gleichsam als ihre Entwickelungsstufe eintritt. Das geschieht, wenn der Schuldner das Erforderliche zur Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache von mittlerer Art und Güte gethan hat. Das zur Leistung Erforderliche ist von dem Schuldner bei Bestimmung der Leistungssache durch Parteiabrede nicht geschehen. Er soll ja noch die Sache übergeben.

Durch Parteiabrede ist also das Objekt nicht etwa hinterher konkretisiert, sondern an die Stelle der nicht ausgeführten *obligatio generis* ist eine *obligatio speciei* getreten[72]), die begrifflich von einander ganz unabhängig sind.

Mit dem Begriff der Konkretisierung fällt aber zugleich die Notwendigkeit des Gefahrüberganges.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis:

> „Mit der Bestimmung des Leistungsobjektes durch Parteiabrede geht nur bei einseitigen, nicht aber bei gegenseitigen Verträgen die Gefahr auf den Gläubiger über.“
>
> „Nur wenn die Parteien dem Wortlaut oder dem Inhalt der Abrede nach zugleich mit der Spezialisierung auch den Gefahrübergang abweichend regeln wollten, geht natürlich bereits mit dem Zeitpunkt der Abrede die Gefahr über.“

---

## § 17. 3) Resultat.

Fassen wir die gewonnenen Resultate der Uebersichtlichkeit halber an dieser Stelle kurz zusammen, so ergiebt sich für das B.G.B. folgender Grundsatz:

Bei Gattungsschulden geht die Gefahr über:

a) mit der Leistung, also mit der rechtzeitigen Uebergabe einer der verabredeten Gattung angehörenden, vertrags-

---

[71]) S. S. 22 der Abhandlung.

[72]) So Ihering S. 396. Haver S. 38 mit ausführlicher Begründung.

mässigen Sache von mittlerer Art und Güte am Erfüllungsorte

1. an den Gläubiger bei den gewöhnlichen Platz- und Distanzschulden,
2. an eine geeignete Uebermittlungsperson bei Schulden mit Versendungsgedinge.

b) vor der Leistung

1. bei Schulden, deren Erfüllungsort sich beim Gläubiger befindet, falls durch nachträgliche Verlegung des Erfüllungsortes die Gefahr der Uebermittlung erhöht wird, und zwar
   α) bei Platzschulden im Augenblick der Lokomotion der Ware,
   β) bei Distanzschulden im Augenblick der Uebergabe an eine geeignete Uebermittlungsperson

   zwecks Beförderung an den Gläubiger;
2. bei Annahmeverzug des Gläubigers infolge thatsächlicher Ausscheidung und
   α) thatsächlichen Angebots oder
   β) wörtlichen Angebots;
3. bei Parteiabrede, und zwar
   α) für einseitige Verträge bei jeder Vereinbarung vorzeitiger Spezialisierung,
   β) für alle Verträge, wenn durch die Abrede auch die Gefahrfrage betroffen wird.

## Abschnitt IV.

# Folgerungen der Gefahrnormierung.

### § 18. a) Für die Notwendigkeit der Ausscheidung.

Es erübrigt noch festzustellen, wann bei den einzelnen, im B.G.B. behandelten Typen der Gattungsschuld die Gefahr übertragen wird.

Bevor wir hierzu übergehen, erscheint es geboten, die wichtigsten gemeinrechtlichen Streitfragen, welche sich an die Gefahrfrage bei Gattungsschulden knüpften, und die bisher keine Erwähnung gefunden haben, vom Standpunkt des B.G.B. einer Würdigung zu unterziehen.

Von grösster praktischer Bedeutung ist zunächst begreiflicherweise die Frage nach dem Verhältnis der Ausscheidung zum Gefahrübergange.

Schon im Beginn der Abhandlung wurde festgestellt, dass mit der Ausscheidung der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche noch nicht gethan hat, und dass daher die Ausscheidung für die Gefahrübertragung als ausreichend jedenfalls nicht zu erachten ist[1]).

Wir können uns deshalb im Folgenden darauf beschränken, zu untersuchen, ob nach B.G.B. die Individualisierung zum Gefahrübergang wesentlich ist, d. h. ob der Schuldner die Gefahr auf den Gläubiger nur übertragen kann, wenn er die Leistungssache aus der Gattung ausgesondert hat.

Bei dem Handlungshause N. in Z. bestellten A. in X., B in Y. unabhängig von einander jeder 600 Zentner Kohlen.

Das Handlungshaus übergab nun 1200 Zentner Kohlen dem Flussschiffer P., der sowohl in X. wie auch in Y. anzulegen pflegte. Der Schiffer verlud 800 Zentner auf ein grosses, 400 Zentner auf ein kleineres Schiff. In der Nacht vor der beabsichtigten Abfahrt ging das kleinere Schiff im Sturm mit

[1]) **Ebenso Haver S. 67.**

der Ladung unter. P. fuhr mit dem grossen Schiffe ab und lud bei A. in X., wo er zuerst anlegte, 600 Zentner ab. B. in Y. erhielt demnach nur 200 Zentner.

Nach Ihering[2]) hat hier das Handlungshaus das „seinerseits Erforderliche“ gethan. Die Gefahr ist also mit der Uebergabe an den Schiffer auf die Käufer übergegangen, und B. zur Zahlung des Preises für 600 Zentner Kohlen verpflichtet.

Nach Bekker[3]) dagegen kann man nicht von einem Gefahrübergange sprechen, weil Individualisierung nicht erfolgt ist und das Handlungshaus wäre mit seiner Klage gegen B. auf Zahlung des Preises für 600 Zentner abzuweisen.

Welche Stellung entspricht in diesem Falle den Vorschriften des B.G.B.?

Schon aus dem § 447 Abs. 1, der die Grundlage des § 243 Abs. 2 ist[4]), und daher als Interpretationsmittel für letzteren herangezogen werden kann, lässt sich entnehmen, dass die Gefahr auch ohne Individualisierung übergeht, denn ein solches Erfordernis ist in ihm nicht erwähnt, und es wäre möglich, diesen Umstand als qualifiziertes Schweigen dahin aufzufassen, dass Individualisierung nicht nötig ist.

Deutlicher noch spricht hierfür § 243 Abs. 2 selbst. Nach ihm würde in dem angeführten Beispiel die Gefahr nur dann nicht übergegangen sein, wenn Individualisierung ein wesentlicher Bestandteil des seitens des Schuldners Erforderlichen, d. h. der Leistung, wäre. Dies ist zunächst zu verneinen, falls das Handlungshaus N. vor der Verladung die Zustimmung des A. und des B. eingeholt hätte, die beiderseits bestellten Kohlenmengen gemeinsam zuzusenden.

Dem stimmt auch Bekker bei. Er giebt damit meines Erachtens seine Theorie selbst auf, denn eine Parteierklärung kann — und das dürfte Bekker kaum leugnen — nicht nur ausdrücklich, sondern, mit gleicher Wirkung, stillschweigend geschehen. Eine solche stillschweigende Vereinbarung aber — wie sie Bekker allgemein als für den Gefahrübergang mit der vollendeten Absendung entscheidend annimmt — wird doch sicher dann zu unterstellen sein, wenn sie dem Interesse des Bestellers entspricht oder durch Verkehrsauffassung und Handelsbrauch im einzelnen Falle geboten scheint. Beides trifft in dem obigen Beispiel zu. Erstens wären die Kosten des Transportes

---

[2]) **Ihering S. 438.**
[3]) **Bekker S. 389.**
[4]) **Vgl. S. 23 der Abhandlung.**

durch die Ausscheidung nicht unbeträchtlich erhöht worden. Ferner müsste sogar der Verkäufer bei dem zwei in derselben Stadt, oder gar in demselben Hause wohnende Kunden unabhängig von einander je 20 Zentner Kohlen bestellt haben, jedem seine Ware individualisiert zusenden. Ja, man käme bei konsequenter Durchführung der Bekkerschen Ansicht zu dem für die Praxis ganz unerträglichen Formalismus, dass der Verkäufer, der irrtümlich statt 100 kg dem Spediteur 101 kg zum Transport übergiebt, nun die Gefahr der ganzen Sendung zu tragen habe.

Das Handelshaus hat mithin durch die Versendung das „seinerseits Erforderliche" gethan, und die Gefahr geht nach § 243 Abs. 2 auf den A. und den B. mit der vollendeten Uebergabe an den Schiffer P. über[5]).

Ebensowenig sind die von Bekker angeführten praktischen Gründe für seine Ansicht ausschlaggebend.

Er sagt: „Der Lieferant N. kann nicht beweisen, dass die 400 Zentner gerade dem **B.** untergegangen sind, was er thun muss, da der Einwand des Unterganges nicht negative Litiskontestation, sondern eine Einrede ist".

Gewiss liegt diese Frage eben so nahe wie die andere, warum B. dadurch, dass er zufällig weiter von dem Handlungshause entfernt wohnt als A., einen so bedeutenden Schaden erleiden soll. Allein man muss doch scheiden zwischen der Frage der Gefahrtragung und der des Regressrechtes. Nur die erstere ist hier zu erörtern[6]).

Um aber auch dieses Bedenken Bekkers zu zerstreuen, sei nur erwähnt, dass der Schiffer richtiger von den übriggebliebenen 800 Zentnern bei **A.** und bei **B.** je 400 abgeladen hätte; dann wäre der Schaden gleichmässig verteilt gewesen dadurch, dass der Schiffer zuerst bei A. anlangte und bei ihm volle 600 Zentner ablud, hat A. auf Kosten des B. 200 Zentner ohne rechtlichen Grund erlangt. Wie im gemeinen Recht mit der *condictio indebiti* wird B. nach B.G.B. dieserhalb mit der Klage aus § 812 wegen ungerechtfertigter Bereicherung Regress nehmen können. Mithin ist B. dem A. gegenüber in keiner Weise benachteiligt.

Wir müssen hiernach die Frage, ob nach B.G.B. Individualisierung zum Gefahrübergange unentbehrlich ist, verneinen[7]), wodurch natürlich nicht in Abrede gestellt

---

[5]) So auch Oertmann zu § 243; Cosack S. 401; Dernburg Pr.P.R. § 138 n. 1. Gegen: R.O.H.G. Band XXII, Nr. 64; Band XXIII, Nr. 51.

[6]) So Berndorff S. 77 ff.

[7]) Ebenso Haver S. 68.

wird, dass im Einzelfalle Ausscheidung zur Leistung und somit zum Gefahrübergange erforderlich sein kann.

---

### § 19. b) Für das ius variandi des Gläubigers oder des Schuldners.

Eine weitere Kontroverse, welche die gemeinrechtlichen Schriftsteller mit besonderem Interesse erörterten, handelt darüber, ob nach dem Uebergange der Gefahr dem Schuldner oder dem Gläubiger ein *ius variandi* hinsichtlich des Leistungsobjektes zustehe.

Diese Frage, die natürlich nur bei den Fällen des Gefahrüberganges vor der Uebergabe an den Gläubiger — hier aber sehr häufig — praktisch werden wird, ist nach B.G.B. zu verneinen.

Mit dem Gefahrübergange hat die Verwandlung der Genus- in eine Speziesschuld stattgefunden. Demnach ist das Schuldverhältnis nach den Grundsätzen für letztere zu behandeln. Wie bei dieser, hat der Gläubiger, zugleich mit der Pflicht, gerade die ausgeschiedene Sache anzunehmen, auch ein unwiderrufliches Recht auf sie[8]). Der Schuldner ist also grundsätzlich bei Annahmeverzug des Gläubigers weder berechtigt, eine andere Sache von gleicher Art und Güte, wie die angebotene, zu liefern, noch auch über die auf Wunsch des Gläubigers abgesandten Waren anderweitig zu verfügen.

Diese Folgerungen veranlassten, trotzdem sie natürlich und notwendig erschienen, in der II. Kommission ernste Bedenken, da sie beide mit den Bedürfnissen des Verkehrs im Widerspruch ständen. Deshalb wurde der Antrag eingebracht, den § 243 zu streichen und an seine Stelle § 447 mit folgender verallgemeinerten Fassung zu setzen:

> „Versendet der Schuldner die zu leistende Sache auf Verlangen des Gläubigers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Gläubiger über, sobald der Schuldner die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung des Transportes bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat."

---

[8]) Entw. I, § 214 Abs. 2 sagte ausdrücklich: „Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich". Vgl. Berndorff S. 39.

Allein die hierin kundgegebene Absicht, den Gefahrübergang der Konkretisierung zeitlich vorangehen zu lassen, ist — wie schon dargelegt[9]) — unhaltbar. Die Konkretisierung wäre vielmehr auch hier mit der Uebergabe erfolgt und hätte bei Annahme des Antrages ebenfalls ein Verfügungsrecht des Schuldners ausgeschlossen. Ausserdem würde das B.G.B. durch Streichung des § 243 Abs. 2 erheblich an Deutlichkeit eingebüsst haben. Die Ablehnung des Antrages muss daher als die günstigste Lösung angesehen werden.

Die Naturnotwendigkeit und Berechtigung der im B.G.B. getroffenen Regelung ist denn auch heute fast allgemein anerkannt.[10]) Nur Wenige — unter ihnen vor allem Bekker[11]) — haben dem Schuldner ein allgemeines *ius variandi* geben wollen.

Bekker führt folgendes Beispiel an:

Ein Bremer Haus kauft in Hamburg 10 Stück der ausgelosten Serie eines Prämienanlehns zu einer Zeit, in der die Nummerziehung schon begonnen hat. Der Hamburger packt 10 Stück in ein Packet, das er unter der Adresse des Bremer Hauses der Privatpost übergiebt, die zwischen Hamburg und Bremen verkehrt. Bald nachher erfährt er durch eine unerwartete telegraphische Depesche, dass auf eine jener 10 Nummern ein Hauptgewinn gefallen ist. Nun entsendet er reitende Boten, einmal, die Auslieferung des Packetes zu hintertreiben, sodann rechtzeitig 10 andere Stück dem Bremer Hause zu liefern.

Bekker hält den Hamburger nur deshalb hierzu nicht befugt, weil es dem Parteiwillen widerspräche. Rechtlich könne er nicht gehindert werden, denn die Privatpost habe mit dem Absender kontrahiert. Es liege also kein Grund vor, warum sie dem Vertreter des Absenders das Packet nicht ausantworten solle, zumal A.H.G.B. Art. 387 in dem Speditionsgeschäft eine Abart der „Kommission“ sieht, und man als Kommittent die begonnene, aber noch nicht vollendete Kommission zurücknehmen könne.

Dem ist vollkommen beizustimmen. Doch kommt es meines Erachtens nicht darauf an, ob der Absender dem

---

[9]) Vgl. S. 21 fge. der Abhandlung.

[10]) Ihr stimmen bei: Enneccerus und Lehmann S. 347 ff.; Skolny und Caro S. 273; Berndorff S. 39; Oertmann zu § 243; Planck zu § 243 a. E.; Schollmeyer zu § 243 n. 6; Goldmann und Lilienthal; Dernburg, B.G.B. Band II, S. 29 ff.; Kühlenbeck zu § 243 n. 5; Flatau S. 73; Heilfron S. 19; Landé zu § 243; Haver S. 36.

[11]) So auch Hanausek a. a. O.

Spediteur gegenüber ein *ius variandi* habe, sondern es steht in Frage, ob er dieses Recht dem Gläubiger gegenüber besitzt.

Dies ist nicht zu bejahen, denn der Schuldner hatte mit der Uebergabe an den Frachtführer nach dem oben angeführten Grundsatze geleistet, und man müsste eher dem Gläubiger ein Recht über die auf dem Transport befindliche Ware einräumen.[12]) Ueberdies hiesse es Unrecht zu Recht erheben, wollte man die Handlungsweise des Hamburgers billigen. Oder liesse sich eine solche Handlung mit dem Begriff „Recht" vereinbaren?

Zu einer der Bekkerschen Ansicht verwandten hat sich neuerdings Cosack[13]) bekannt.

Er giebt grundsätzlich dem Schuldner ein *ius variandi* bis der Gläubiger Kenntnis von der Absendung erlangt hat und, in Ermangelung solcher Nachricht, bis zur Ankunft der Ware bei dem Empfänger. Seiner Meinung nach hätte B., wenn er das von A. bestellte Los an diesen auf sein Verlangen abgesandt hat, sein Wahlrecht mit der Absendung ausgeübt. B. könne aber die Wahl widerrufen, so lange das Los oder die Anzeige seiner Absendung bei A. nicht eingetroffen sei. Cosack hält danach das Wahlrecht mit der Absendung für konsumiert, d. h. die Schuld in eine Speziesschuld verwandelt. Müsste er dann nicht folgerichtig auch die Regeln der letzteren anwenden und mit der herrschenden Meinung ein *ius variandi* leugnen? Warum dies nicht geschieht, ist nicht zu ersehen, zumal er seiner Behauptung keine Begründung beifügt.

Bei Distanzgeschäften ist mithin ein *ius variandi* abzulehnen.

Ist aber auch bei Annahmeverzug des Gläubigers nach wörtlichem oder thatsächlichem Angebot anzunehmen, dass der Schuldgegenstand nur in der angebotenen Sache besteht?

Nach § 243 ist dies zu bejahen, da nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen — § 262 des Entwurfs I wurde als entbehrlich gestrichen — der Gläubiger den Annahmeverzug jederzeit beendigen und die Leistung fordern kann. Demnach wäre der Schuldner wie bei jeder anfänglichen Speziesschuld gehindert, anderweitig über die zurückgewiesene Sache zu verfügen und zu getrennter Aufbewahrung genötigt. Wie unbillig dies unter Umständen ist, zeigt sich bei allen vertretbaren Sachen, namentlich bei Geldschulden, wo der Gläubiger berechtigt wäre, dieselben Geldstücke zu verlangen, die ihm als Zahlung angeboten waren,

[12]) So Planck zu § 243; Berndorff S. 40.

[13]) Cosack, B.G.B. Band I, S. 296. Gegen ihn Goldmann und Lilienthal S. 142.

und durch deren Nichtannahme er in Verzug gekommen ist, ohne dass er offenbar in den meisten Fällen ein berechtigtes Interesse daran haben wird, gerade die zuerst zurückgewiesenen Geldstücke zu erhalten.

Eine ausnahmslose Durchführung des Satzes dürfte daher unserer Rechtsauffassung nicht entsprechen. Vielmehr wird man ihn dann nicht anwenden dürfen, wenn der Gläubiger gar kein berechtigtes Interesse haben kann, gerade die betreffenden Sachen zu erhalten. Und dies lässt sich aus dem Gesetze verteidigen, ohne dass man sich der Dernburgschen[14]) Fiktion anschliessen und dem Schuldner das Recht geben müsste, die Konkretisierung der Schuld als nicht eingetreten zu betrachten. Auch braucht man keineswegs mit Schollmeyer[15]) anzunehmen, man müsse dem Umstande Rechnung tragen, dass es sich „um ein, seinem Anfange nach Gattungsschuldverhältnis handelt", wofür das Gesetz selbst ein Beispiel bietet, indem es in § 480 bestimmt, dass der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache statt der Wandlung oder Minderung die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann. § 480 ist entschieden eine Singularität, und eine analoge Anwendung desselben trotz § 493, der die Vorschriften über die Verplichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache auf kaufähnliche Verträge ausdehnt, ausgeschlossen. Und warum sollte man auch die aus einer Gattungsschuld konkretisierte Speziesschuld anders behandeln, als wenn von vornherein eine Spezies geschuldet worden wäre? Der Gläubiger hat vielmehr, wie bei dieser, das Recht gerade die ausgeschiedene Sache zu verlangen. Allein er darf dieses Recht nach § 226 nicht ausüben, wenn er nur die Absicht haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen. Hat der Gläubiger aber selbst kein Interesse, gerade die betreffende Sache zu erhalten, so dürfte die Forderung schwerlich einen andern Zweck haben.[16]) Auch §§ 157 und 242 liessen sich zur weiteren Bekräftigung anführen.

Ob allerdings ein derartiger Einwand des Schuldners oft von Erfolg sein, also für die Praxis eine wirksame Hilfe bieten wird,

---

[14]) Dernburg, B.G.B. Band II, S. 29 unter Verweisung auf R.G. Band XII, S. 81 und R.O.H.G Band II, S. 410. Dagegen Enneccerus und Lehmann S. 374 ff.

[15]) Schollmeyer zu § 243 n. 6 (jedoch nicht, wenn die Konkretisierung durch Parteiabrede erfolgt ist).

[16]) Skolny und Caro S. 273; Enneccerus und Lehmann S. 347 ff.; Planck zu § 243; Heilfron S. 19, n. 9.

möchte ich bezweifeln. Meist wird er sich die Replik gefallen lassen müssen, dass die nachmals konkretisierten Waren schlechter seien, als die ersten. Der Gläubiger ist hierzu berechtigt, auch wenn jene von mittlerer Art und Güte sind. Der Schuldner wird daher meines Erachtens sicherer und zweckmässiger handeln, wenn er die Mittel benutzt, die ihm das Gesetz für jede Speziesschuld im Falle des Annahmeverzuges des Gläubigers gewährt,[17]) nämlich die Sachen zu hinterlegen, zum Selbsthilfeverkauf zu schreiten oder den Besitz des Grundstückes aufzugeben (§§ 372/383).

---

### § 20. c) Für die Möglichkeit des Zurückgehens der Gefahr auf den Schuldner.

Aus der im B.G.B. getroffenen Regelung des Gefahrüberganges bei Gattungsschulden lässt sich endlich der Satz folgern: „Die Gefahr geht endgiltig über!“

Diese Behauptung scheint nicht des Beweises zu bedürfen, zumal im vorigen Abschnitt dargelegt wurde, dass die Konkretisierung grundsätzlich eine endgiltige ist, und die Motive der II. Kommission Konkretisierung und Gefahrtragung notwendige Korrelate nennen. Trotzdem halte ich eine nähere Begründung mit Rücksicht auf die von Cosack[18]) aufgestellte gegenteilige Ansicht für notwendig.

Hat nämlich A. auf Verlangen des B. an diesen einen Kahn mit Dynamit abgesandt, und wird dieser Kahn unterwegs auf Grund einer falschen, gegen A. gerichteten Anzeige eines Dritten aufgehalten und polizeilich beschlagnahmt, so geht nach Cosack für die Zeit des Aufenthalts die Gefahr auf den A. zurück, gleichgiltig, ob A. ein Verschulden trifft oder nicht.

Meines Erachtens ist streng zu unterscheiden, ob die Anzeige von A. verschuldet ist oder nicht. Ist ersteres der Fall, so dürfte es bedenklich sein, die Frage, wen ein, während des Aufenthalts sich ereignender Schaden treffe, überhaupt als Gefahrfrage zu bezeichnen. Denn, mag der Schaden auch an und für sich ein zufälliger sein, in diesem Falle ist er auf das Verschulden des A.

---

[17]) So beseitigt sich Labands Bedenken (Archiv f. civ. Praxis, Band 73, S. 175 ff.), dass die Unwiderruflichkeit der Konkretisierung bei dem Verderben ausgesetzten Sachen zu ganz absurden Konsequenzen führe. — Gegen ihn Neumann in Gruchots Beitr. Band 33, S. 394 und Berndorff S. 41.

[18]) Cosack, B.G.B. Band I, S. 412.

als *causa* zurückzuführen, insofern als dessen Verschulden den Kahn aufgehalten und dadurch die geschuldete Sache in die Lage gebracht hat[19]), in der sie durch den eintretenden Zufall getroffen wurde. A. hat also nicht nach dem Grundsatze der Gefahrtragung, sondern nach den allgemeinen Regeln des § 280 für den entstandenen Schaden einzustehen. Von einem Zurückgehen der Gefahr ist daher nicht zu sprechen.

Ebensowenig kann ich mich für den Fall mit Cosacks Ansicht einverstanden erklären, dass A. die Anzeige nicht verschuldet hat. Trifft in diesem Falle den B. gleichfalls kein Verschulden hinsichtlich der Anzeige, so ist zwar, — das sei zunächst festgestellt, — für A. und B. das während des unfreiwilligen Aufenthalts etwa erfolgende Sinken des Kahnes ein Zufall, und die Frage, wer dadurch betroffen wird, eine Gefahrfrage.

Indes trägt nicht, wie Cosack will, **A.** die Gefahr, sondern **B.**

Cosack begründet seine Meinung damit, dass der Transport des A. wegen aufgehalten sei. Nun trägt aber B. die Gefahr der Reise. Gefahr ist die Wirkung des Zufalls. Es treffen also B. die Folgen des Zufalls. Die Anzeige und somit die Beschlagnahme bleibt meines Erachtens darum nicht weniger Zufall, wenn die Anzeige gegen den A. oder gegen den B. gerichtet wird, als wenn z. B. der Frachtführer angezeigt wäre. Oder würde Cosack auch in letzterem Falle annehmen, dass die Gefahr zurückgehe, weil der Frachtführer mit dem A. kontrahiert habe, und somit mittelbar des A. wegen der Kahn aufgehalten sei?

Und wie endlich lässt sich Cosacks Ansicht mit einem gesunden Rechtsgefühl vereinigen? Bei den Schulden mit Versendungsgedinge, — und ein solches nehmen wir als vorliegend an, — geschieht die Sendung auf besonderen Wunsch und im Interesse des Gläubigers. Würde der Gläubiger diesen Wunsch nicht ausgesprochen haben, so hätte der Schuldner nur an seinem Wohnort zu übergeben, also gar nicht zu versenden brauchen. Damit wären auch ein Aufhalten des Kahnes und die Gefahr unmöglich gewesen.

Wir sehen daraus, dass ebensogut, ja mit mehr Recht gesagt werden kann, das Aufhalten ist des Gläubigers wegen geschehen. Man wird somit auch in diesem Falle ein Zurück-

---

[19]) So Goose S. 198 n. 4: Nach dem Kausalnexus mit der Wirkung des Ereignisses ist gefragt, nicht bloss: Ob jemand das fragliche Ereignis herbeigeführt? sondern: Ob er die Sache ihm ausgesetzt habe? — Ebenso Endemann Band I, S. 577.

gehen der Gefahr leugnen müssen und vielmehr den Grundsatz aufstellen können:

„Der Uebergang der Gefahr ist ein endgiltiger!"

---

### § 21. d) Resultat.

Kurz zusammengefasst ergeben sich nach Vorstehendem aus der Regelung der Gefahrfrage im B.G.B. folgende Sätze:

1. Individualisierung ist zum Gefahrübergange nicht wesentlich.
2. Weder der Schuldner noch der Gläubiger hat nach dem Gefahrübergange ein *ius variandi,* ausgenommen beim Annahmeverzug des Gläubigers, falls dieser kein berechtigtes Interesse an der Leistung der gerade ausgeschiedenen Sache hat.
3. Der Uebergang der Gefahr ist ein endgiltiger.

---

Abschnitt V.

# Uebergang der Gefahr bei den einzelnen Gattungsschulden.

## § 22. Gattungskauf.

Kauf ist der Umsatz von Ware gegen Geld[1]), Gattungskauf daher der Umsatz einer nur der Gattung nach bestimmten Ware gegen Geld.

Ob er schon den Römern bekannt war, oder ob diese ihn, wie Dernburg[2]) annimmt, durch Stipulationen ersetzt haben, ist eine vielumstrittene, hier nicht zu erörternde Streitfrage, die neuerdings, wohl mit Recht, meist im Sinne der ersteren Ansicht entschieden wird.[3])

Für uns ist nur die Frage nach dem Gefahrübergange von Bedeutung.

Was zunächst die Leistung des Verkäufers anbetrifft, so geht nach B.G.B.[4]) die Gefahr auf den Käufer über, wenn der Verkäufer das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche gethan hat.

Erforderlich aber ist seitens des Verkäufers, dass er dem Käufer eine vertragsmässige Sache übergiebt und ihm das Eigentum an ihr verschafft.

Eigentumsübertragung setzt bei Mobilien nach § 929 ausser dem dinglichen Uebereignungsvertrage nur Uebergabe der Sache

---

[1]) Dernburg, Pand. II, S. 254.

[2]) Dernburg a. a. O. S. 258; ebenso Brinz, Pand. II, § 242; Bechmann, Kauf II, S. 331; Karlowa röm. Rechtsgesch. II, S. 615.

[3]) So Bekker, Jahrb. d. gem. R. Band V, S. 395; Baron, Pand. S. 520; Stintzing, Jahrb. f. Dogm. Band X, Nr. 3; Berndorff S. 61; Schmitz S. 5; Bötzow S. 7; Goldschmidt, Zeitschr. Band XIX, S. 105.

[4]) Nach gemeinem Recht ist die Antwort schon in der dogmengeschichtlichen Entwickelung — S. 11 fge. der Abhandlung — gegeben, auf die ich hier verweisen kann.

voraus. Der Verkäufer wird daher, besonders mit Rücksicht auf das im § 932 ausgesprochene „Hand, wahre Hand"-Prinzip, das seinerseits Erforderliche spätestens mit der Uebergabe gethan und die Gefahr auf den Käufer übertragen haben. Die Bestimmung des § 446 Abs. 1[5]), dass die Gefahr mit der Uebergabe der verkauften Sache auf den Käufer übergeht, ist mithin für Mobilien durchaus berechtigt.

Wie aber steht es mit dieser Berechtigung bei Immobilien, auf die sich § 446 Abs. 1, den Motiven und der allgemeinen Fassung zufolge, auch bezieht?

Sie werden zwar selten genug als Gegenstand einer Gattungsschuld vorkommen, sind jedoch als solche immerhin möglich.

Der Eigentumsübergang erfordert bei ihnen Auflassung und Eintragung (§ 925). Der Verkäufer ist also hier zur Uebergabe und Auflassung sowie zur Abgabe der Eintragungsbewilligung verpflichtet.

Wollte man an dem Erfordernis der Leistung festhalten, so kann erst, nachdem dies Alles geschehen ist, die Gefahr auf den Käufer übergehen. Die Bestimmung des § 446 Abs. 1, welche hierzu nur Uebergabe verlangt, könnte höchstens dann berechtigt sein, wenn die Uebergabe der Auflassung und Eintragung stets nachfolgen oder wenigstens gleichzeitig mit ihnen stattfinden würde. Das ist nicht der Fall.

Trotzdem entspricht § 446 Abs. 1 unserem Prinzip.

Wie schon des öfteren hervorgehoben wurde, ist die vollendete Leistung nur der regelmässige, nicht aber der einzige Augenblick des Gefahrüberganges. Vor Allem bleibt den Parteien unbenommen, einen anderen Zeitpunkt hierfür einzusetzen. Dies geschieht stets, wenn die Parteien sich über eine vorzeitige Uebergabe geeinigt haben. In der Uebergabe liegt nämlich nicht nur notwendigerweise die Spezialisierung der Leistungssache, sondern zugleich die Absicht[6]) der Gefahrübertragung ausgesprochen. Es dürfte doch jedenfalls nicht der Billigkeit und auch nicht der Parteiintention entsprechen, den Verkäufer selbst da noch die Gefahr tragen zu lassen, wo er zur Ueberwachung der Sache gar nicht mehr imstande ist.

Auch bei Immobilien geht demnach die Gefahr schon mit der Uebergabe auf den Käufer über, und § 446 Abs. 1 widerspricht nicht nur unserem Prinzip nicht, sondern folgt sogar mit Notwendigkeit aus ihm.

---

[5]) Dass der § auch den Genuskauf umfasst, dürfte bei dem allgemeinen Wortlaut ausser Zweifel stehen. — So auch Oertmann zu § 446 n. 3.

[6]) Diese ist notwendig; vgl. S. 44 fge. der Abhandlung.

Von den Käufen auf „Holen und Bringen“ sind auch hier die Käufe auf „Schicken“ zu unterscheiden.

Wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die Ware an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet, so wird er von der Gefahrtragung frei, sobald er die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.[7])

Diese Regel, die wir oben schon aus allgemeinen Rechtsgründen entwickelten, ist für den Kauf speziell im § 447 Abs. 1 aufgestellt.[8]) Hier empfindet Cosack[9]) es als einen Mangel in der Formulierung, dass der Paragraph nicht den Fall umfasst, wo der Verkäufer die Sache in eigner Person oder durch seine Angestellten besorgen lässt. Ich teile Cosacks Ansicht nicht.

Zwar ist zuzugestehen, dass die Regel des § 447 Abs. 1, sofern eine besondere Vereinbarung vorliegt, auch in solchen Fällen Anwendung findet.[10]) § 447 Abs. 1 wäre daher durch den von Cosack gewollten Zusatz nicht gerade unrichtig geworden. Er hätte indes an Klarheit entschieden erheblich eingebüsst. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass eine Vereinbarung, welche die Ausführung der Versendung dem Verkäufer oder seinen Angestellten überlässt, bei Schulden „auf Schicken“ fast nie vorkommen wird. Man kann vielmehr schon aus dieser Art des Zustellens auf eine Bringschuld schliessen. Das wäre aber infolge des erwähnten Zusatzes leicht verkannt worden, da der mit der Terminologie des Gesetzes weniger vertraute Laie mehr Gewicht auf das Mittel der Besorgung als darauf gelegt hätte, ob im einzelnen Falle ein Versenden im technischen Sinne vorliegt.

Insofern gebe ich allerdings Cosack Recht, als eine genaue Bezeichnung der Personen, an die man mit gefahrübertragender Wirkung die Leistungssache übergeben kann, in § 447 Abs. 1 erwünscht gewesen wäre. Der Ausdruck „bestimmt“ lässt zwei Deutungen zu. Man kann ihn subjektiv im Sinne von „durch den Schuldner bestimmt“ auffassen oder ihm eine objektive Bedeutung beilegen, sodass nur eine von den Parteien oder vom

---

[7]) Für den Fall, dass Frachtführer, Spediteur, Post oder Eisenbahn Verkäufer sind, gilt das S. 35 f. Ausgeführte.

[8]) Ebenso A.L.R. I, 11, §§ 128 bis 134 (das in diesem Zeitpunkt auch Eigentum übergehen lässt); Oesterr. G.B. § 423; Zür. G.B. § 1444; A.H.G.B. Art. 345; Dresd. Entw. Art. 430.

[9]) Cosack, Band I, S. 412.

[10]) S. 13 der Abhandlung.

Gesetze bestimmte Person getroffen wird. Zwar führt, wie schon früher näher erörtert wurde,[11]) eine richtige Beurteilung der rechtlichen Sachlage zu der letztgenannten Interpretation. Dennoch bleibt es bedauerlich, dass die Bestimmung des § 447, — wenn sie einmal für notwendig erachtet wurde, — gerade im entscheidenden Punkte Zweifeln Raum bietet.

Ferner bemängelt Cosack an § 447 Abs. 1: es sei nicht besonders zum Ausdruck gekommen, dass die Regel auch für Versendung innerhalb derselben Ortschaft, z. B. vom Laden des Verkäufers zur Wohnung des Käufers gilt. Dies scheint mir durchaus nicht beklagenswert. Denn offenbar wäre viel eher die Bemerkung am Platze gewesen, dass ein solcher Fall in der Regel als Bringschuld anzusehen ist, und § 447 Abs. 1 nur verschwindend selten, wenn ein wirkliches Versenden vorliegt, Anwendung findet.

Vor der Leistung wird endlich in den im § 15 der Abhandlung erwähnten Fällen des Annahmeverzuges die Gefahr auf den Käufer übertragen.

Die Gegenleistung des Käufers muss — so fordert es, wie schon erwähnt, das Wesen des Kaufvertrages — stets in Geld festgesetzt sein.[12]) Geldschulden sind nach B.G.B. § 270 im Zweifel Bringschulden. Abgesehen von besonderer anderweitiger Parteivereinbarung geht demnach die Gefahr auf den Verkäufer über, wenn ihm das Geld an seinem Wohnorte oder Orte der gewerblichen Niederlassung von dem Käufer übergeben ist. Der Käufer trägt also die Gefahr der Uebermittlung, es sei denn, dass der Verkäufer im Annahmeverzug ist oder durch nachträgliche Aenderung seines Wohnsitzes die Gefahr der Uebermittlung erhöht.

Die für den Kauf geltenden Regeln finden — wie allgemein im § 515 ausgesprochen ist — hinsichtlich des Gefahrüberganges bei dem Tausch entsprechende Anwendung, und zwar derart, dass jeder Kontrahent wie ein Verkäufer behandelt wird.

---

### § 23. Schenkungsversprechen einer Gattungssache.

Die Schenkung lässt als Realschenkung naturgemäss keinen nur der Gattung nach bestimmten Gegenstand zu. Dagegen ist dies bei Versprechen einer künftigen Schenkung möglich.

---

[11]) Vgl. S. 35 fge. der Abhandlung.

[12]) So Ebert bei Fischer-Henle zu § 433 n. 8; Planck zu § 433 n. 4.

Der Geschenkgeber verpflichtet sich zur Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache.

Zu beachten ist, dass es sich bei der Schenkung stets um eine Holschuld handeln wird, selbst wenn Gegenstand des Versprechens eine Geldleistung ist, denn § 270 erklärt Geldschulden nur im Zweifel für Bringschulden, während § 269 eine allgemeine Präsumtion für Holschulden aufstellt, wenn nicht die Natur des Vertrages etwas anderes bestimmt. Hier bestimmt die Natur des Vertrages nicht nur nichts anderes, sondern sie spricht sogar für eine Holschuld. Oder wollte man dem Schenker, der dem Geschenknehmer offenbar eine Wohlthat erweisen will, auch noch die Pflicht auferlegen, auf seine Gefahr den Schenkungsgegenstand zu jenem zu bringen? Dies kann schwerlich unserem Rechtsgefühl entsprechen.

Die Verfasser des B.G.B. dürften das richtig erkannt und eine besondere Bestimmung deshalb für überflüssig gehalten haben, die das A.L.R[13]) noch für nötig erachtete.

Für uns ergiebt sich hieraus die wichtige Folge, dass der Schuldner das seinerseits zur Leistung Erforderliche gethan hat, und die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, wenn er die Sache an seinem Wohnort dem Gläubiger oder bei vorliegendem Versendungsgedinge einer geeigneten Uebermittlungsperson übergiebt, oder endlich den säumigen Gläubiger durch Ausscheiden und empfangsbedürftige Willenserklärung in Annahmeverzug setzt.

---

## § 24. Eisernviehvertrag des B.G.B.

Bei der Miete und Pacht besteht die Verpflichtung des Mieters oder Pächters darin, die gemietete Sache *in specie* zurückzugewähren. Von einer Gattungsschuld kann mithin nicht die Rede sein, ganz abgesehen davon, dass Eigentum und Gefahr bei dem Vermieter oder Verpächter bleiben, und schon aus diesem Grunde beide Rechtsverhältnisse für die Frage des Gefahrüberganges nicht in Betracht kommen können.

Indes bereits das gemeine Recht kannte hiervon eine Ausnahme in der *locatio conductio irregularis*. Bei ihr war der Mieter berechtigt, anstatt der Mietssache ein *aliud* zurückzuerstatten. Sie kommt also als Gattungsschuld für uns in Frage.

Entwickelt hat sich die Modifikation aus dem altdeutschen und dem römischen Recht. Nur insofern besteht ein Unter-

---

[13]) I, 5, § 249.

schied, als das römische Recht hierin einen Kauf sah und mithin das Eigentum an den gemieteten Sachen auf den Mieter übertrug,[14]) während nach deutschem Recht[15]) das Eigentum bei dem Verpächter blieb, und nur die Gefahr auf den Pächter überging. Dies war ausgesprochen in dem Grundsatz: „Eisern Vieh stirbt nie!“

B.G.B. hat diese Vertragsform im § 558 kodifiziert und ist, wie aus dieser Bestimmung klar hervorgeht, dem deutschrechtlichen Eisernviehvertrag gefolgt.[16])

Es fragt sich, in welchem Augenblick die Gefahr von dem Pächter auf den Verpächter zurückgeht oder mit anderen Worten, wann der Pächter das zur Leistung seinerseits Erforderliche gethan hat.

Das ist streitig.

Die eine Ansicht hält die Beendigung der Pachtzeit für den gefahrübertragenden Moment, die andere fordert Rückgewähr des Inventars zum Gefahrübergange.

Bevor wir hierzu Stellung nehmen, mag hervorgehoben werden, dass eigentlich beide Ansichten eine Verschiedenheit in der Gefahrnormierung nicht bedeuten.

Der Pächter hat nach dem Wortlaute des § 587 das Inventar bei, d. h. im Augenblicke, der Beendigung der Pacht zurückzugewähren. Erfolgt die Rückgewähr rechtzeitig, so geht die Gefahr — mag man der Beendigung oder der Rückgewähr die gefahrübertragende Wirkung beilegen — im gleichen Zeitpunkt über.

Indes die Rückgewähr im Augenblicke der Pachtbeendigung entspricht den thatsächlichen Verhältnissen so wenig, dass sie nur sehr selten stattfinden wird.

Eine Stellungnahme zu den bestehenden Meinungsverschiedenheiten ist daher unumgänglich.

Zum Gefahrübergange muss der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche gethan haben. Hierzu genügt die blosse Beendigung der Pacht nicht. Denn nach § 587 besteht die Verpflichtung des Pächters in der Rückgewähr des Inventars. Die Rückgewähr hat, wie sich aus der Natur der Sache ergiebt, auf dem gepachteten Grundstück stattzufinden. Mithin geht die Gefahr über, wenn der bisherige Pächter dem bisherigen Verpächter das Inventar auf dem Pachtgrundstücke übergiebt oder

---

[14]) l. 3, l. 54 § 2 D. 19/2. Dernburg, Pand. II, § 111 n. 28.

[15]) Stobbe Band 3, S. 340.

[16]) Buchka, S. 125; Weyl, Vortr. S. 441; Leske, S. 247 n. 3; Oertmann zu § 558.

ihn durch empfangsbedürftige Willenserklärung[17]) in Verzug der Annahme setzt.

Hiergegen wird angeführt, der § 587 lege dem Pächter die Gefahr auf. Daraus folge, dass er nur, solange er Pächter sei — also während der Dauer der Pachtzeit — die Gefahr zu tragen habe.

Eine derartig exakte Bedeutung ist dem Worte „Pächter" jedoch schwerlich beizulegen. Das Pachtverhältnis ist — wenn auch vorher schon in seiner eigentlichen Dauer beendet — doch erst mit der Rückgewähr vollständig erledigt. Bis zur vollendeten Rückgewähr aber und besonders bei Gelegenheit derselben hat der bisherige Pächter noch zahlreiche Verpflichtungen zu erfüllen, die sich aus seiner Eigenschaft als Pächter ergeben. Daher ist es keine auffällige Ungenauigkeit, ihn auch jetzt noch Pächter zu nennen.

Unterstützt wird diese Ansicht von dem Umstande, dass eine die Gefahrtragung auf die Pachtzeit beschränkende, ausdrückliche Bestimmung des Entwurfs I keine Aufnahme in den Entwurf II gefunden hat. Auch würden, falls die Gefahrtragung sich nur auf die Dauer der Pacht erstreckt, für die spätere Zeit die allgemeinen Regeln Anwendung finden. Der Pächter, welcher bis dahin für vollen Zufall einzustehen hatte, würde also nach Eintritt des Leistungsverzuges nur für den *casus mixtus* des § 287, also milder, haften. Das aber wäre durchaus unbillig.

Andererseits wird der Pächter durch die Tragung der Gefahr bis zur Rückgewähr deshalb nicht ungebührlich betroffen, weil er es jederzeit in der Hand hat, den in der Rücknahme säumigen Verpächter in Annahmeverzug zu setzen und sich dadurch gemäss § 300 von seiner Haftung zu befreien.[18])

## § 25. Darlehn.

Darlehn ist die Art des Leihkontraktes, der eine nur der Gattung nach bestimmte Sache zum Leistungsgegenstande hat, während sein Gegenstück, die Leihe, den Schuldner zur Rückgabe der *eadem res* verpflichtet, also stets eine Speziesschuld ist (§ 604).

Nicht selten kommt es vor, dass jemand ein Darlehn zu geben verspricht.

---

[17]) **Ausscheidung ist überflüssig, weil sie schon mit der Beendigung der Pacht erfolgt.**

[18]) **Ebenso Oertmann zu § 588; Berndorff S. 127. Anders Planck zu § 588; Ebert bei Fischer-Henle zu § 588 und Motive Band II, S. 434.**

Dieses *pactum de mutuo dando,* das übrigens als ein Vorvertrag, nicht als ein Teil des Darlehns aufzufassen ist,[19]) hat B.G.B. § 610 aufgenommen.

Aus dem Darlehnsversprechen entspringt für den Promissar ein Anspruch auf Erfüllung des Versprechens gegen den Promittenten. Der letztere wird also Schuldner, der erstere Gläubiger.

Ein solches Versprechen wird regelmässig eine Gattungsschuld sein. Für uns ist daher die Frage wichtig, in welchem Zeitpunkt die Gefahr von dem Darlehnsversprecher auf den Darlehnsnehmer übergeht.

Der Schuldner hat sich hier zur Hingabe von Geld oder anderen Fungibilien als Darlehn verbunden. Er hat also das seinerseits Erforderliche erst gethan, wenn ein Darlehn entstanden ist. Hierzu gehört Uebereignung der Darlehnsvaluta. Dieses Erfordernis, das für das gemeine Recht unbestritten[20]) war, wird für das B.G.B. von Manchen, besonders von Cosack[21]) abgelehnt. Zuzugestehen ist, dass die ausdrückliche Bestimmung des Entwurfs I § 453 Abs. 2 nach der ein Darlehnsanspruch gegen den Empfänger der Begründung entbehrt, wenn dieses nicht Eigentum des Empfängers geworden ist, im B.G.B. keine Aufnahme gefunden hat. Indes wäre es unzutreffend, hieraus zu folgern, dass das B.G.B. das Erfordernis der Eigentumsübertragung hätte verwerfen wollen. Die Aufnahme ist vielmehr hauptsächlich deshalb unterblieben, weil die Fälle, in denen der Empfänger durch Hingabe der Sachen nicht Eigentümer wird, infolge der Rechtssätze über den gutgläubigen Erwerb äusserst selten sein werden.

Zudem hat sich die Natur des Darlehns nach B.G.B. dem gemeinen Recht gegenüber keineswegs geändert. Sie spricht nach wie vor für das Erfordernis der Uebereignung. Denn die generelle Verpflichtung des Darlehnsempfängers, Sachen von gleicher Art und Güte zurückzugeben, erklärt sich augenscheinlich dadurch, dass die empfangenen Sachen in sein Eigentum übergegangen waren.[22])

---

[19]) So auch Crome S. 370, 371; Meisner zu § 610; Oertmann S. 322, Vorbemerkung zu Darlehn.

[20]) Vgl. l. 2 § 2 D. de reb. cred. 12, 1, *verb: si non fiat tuum, non mascitur obligatio.*

[21]) Cosack (Band I, S. 496) will das verzinsliche Darlehen den Vorschriften über Kauf, das unverzinsliche denen über Schenkung unterstellen.

[22]) Ebenso scheint mir der Wortlaut des § 607, der die Rückgabe an den Empfang der Darlehnsvaluta knüpft, diese Ansicht zu unterstützen.

Man dürfte also mit Recht mit der herrschenden Meinung auch nach B.G.B. Uebertragung des Eigentums zum Entstehen eines giltigen Darlehns für erforderlich halten.[23]) Der Schuldner hat demnach seine Verpflichtung aus dem *pactum de mutuo dando* erst erfüllt, wenn der Gläubiger Eigentümer geworden ist. Dies ist erst mit der vollendeten Uebergabe geschehen.

Versendet daher der Schuldner die Sachen auf Verlangen des Darlehnsempfängers an diesen, so geht die Gefahr auf letzteren erst über, wenn sie bei ihm eingetroffen sind.[24]) Dasselbe gilt, wenn es sich um Nichtgeldschulden handelt und somit nach § 269 im allgemeinen eine Holschuld anzunehmen wäre. Diese Folge ist zweifellos bei verzinslichen Darlehn gerechtfertigt.

Fraglicher dagegen ist ihre Berechtigung bei unverzinslichen Darlehn, das wohl stets zum Vorteil des Darlehnsempfängers gegeben wird.

Wenn es auch nach dem von uns vertretenen Erfordernis der Uebereignung durchaus folgerichtig wäre, so würde es doch ungerecht sein, wollte man hier dem Darlehnsgeber auch noch die Gefahr der Reise aufbürden. Es dürfte daher nicht nur dem Parteiwillen, sondern auch dem Prinzip von Treu und Glauben und damit dem Gesetze entsprechen, wenn man in solchem Falle bereits die vollendete Absendung gefahrübertragend wirken lässt.

Wann aber geht die Gefahr — das ist die zweite Frage — von dem Darlehnsschuldner auf den Darlehnsgläubiger über?

Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger *tantumdem eiusdem generis* zurückzugewähren (§ 607).

Bei Platzgeschäften geschieht dies mit der Uebergabe an den Gläubiger. Sendet der Schuldner dagegen die Darlehnsvaluta zu, so trägt er, im Gegensatz zu der allgemeinen Regel, die Gefahr der Reise.

Bestehen die Darlehnsvaluta in Geld — und dies wird meist der Fall sein — so gründet sich diese Verpflichtung auf die gesetzliche Vorschrift des § 270.

---

[23]) So Landé zu § 607 n. 2; Bunsen S. 249; Kuhlenbeck S. 412 (Vorbemerkung zu Darlehn); Engelmann S. 292; Oertmann S. 322; Schollmeyer S. 63; Leske S. 251; Buchka S. 128; wohl auch Scherer S. 806 zu § 607 n. 5; Weyl S. 446, 447.

[24]) So Planck zu § 607, Anm. 2a; Oertmann zu § 607 a. E., unter Verweisung auf das Empfangserfordernis in § 607. — Anderer Meinung Cosack Band I, S. 503, der es jedoch als unerfreuliche Folge empfindet, dass der Schuldner unter Umständen Sachen erstatten muss, die er gar nicht erhalten hat.

Sind andere Fungibilien Gegenstand des Darlehns, so liegt grundsätzlich nach § 269 eine Holschuld vor. Indes ergiebt das Wesen des Darlehns als eines, wie A.L.R. sagt, „wohlthätigen" Vertrages unzweideutig für den Darlehnsschuldner die Verpflichtung, dem Gläubiger die Valuta an dessen Wohnort zurückzuerstatten.[25]) Erst mit der Ankunft bei dem Gläubiger geht die Gefahr auf diesen über.

Das scheinen auch die Motive zu besagen, die eine besondere Vorschrift für den Ort der Rückgabe als überflüssig erachten, weil bei Geldschulden § 270 gilt, bei anderen kein Grund besteht, von den Bestimmungen des § 269 abzuweichen.

Dass endlich, ebenso wie bei den übrigen Gattungsschulden, auch bei dem Darlehn der Annahmeverzug des Gläubigers die Gefahr überträgt, bedarf nicht besonderer Ausführung.

---

## § 26. Werklieferungsvertrag über eine nur der Gattung nach bestimmte Sache.

Bei dem Werklieferungsvertrage ist zwischen dem gemeinen Recht und dem B.G.B. scharf zu unterscheiden.

Nach gemeinem Recht lag nämlich eine *locatio conductio operis* stets vor, wenn der *conductor* wenigstens den Hauptgegenstand, aus dem das *opus* herzustellen war, vom *locator* erhalten hatte.[26])

B.G.B. § 651 wendet dagegen die Vorschriften des Werkvertrages an, so oft der Unternehmer aus selbst zu beschaffendem Stoffe eine nicht vertretbare Sache anzufertigen hat.

Zunächst trägt der Unternehmer das *periculum.* Die Sache ist aber für den Besteller bestimmt. Das *periculum*[27]) des Unternehmers ist also nur ein provisorisches und es fragt sich, wann die Gefahr auf den Besteller übergeht.

Nach § 633 ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk so herzustellen, dass es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder zu dem, nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Ist er dieser

---

[25]) So auch Oertmann zu § 609, S. 326.

[26]) Vgl. § 4 J. de loc. et cond. 3/24, sowie Dernburg, Pand. II, S. 313.

[27]) Oertmann, Zufall bei der Werkverdingung, Grünhuts Zeitschrift, Band XXIV, S. 56.

Verpflichtung nachgekommen, so ist der Besteller nach § 640 zur Abnahme verbunden. § 644[28]) bestimmt daher in Uebereinstimmung mit § 243 Abs. 2, dass der Werkunternehmer die Gefahr bis zur Abnahme oder bis zum Annahmeverzuge des Bestellers trage.[29])

Allein der Begriff der Abnahme ist hier nicht gleich dem in § 433 für den Kauf gebrauchten. Er entspricht vielmehr der Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363. Das ergiebt sich aus dem Wesen des Werkvertrages. Bei ihm handelt es sich um Lieferung eines neuen Gegenstandes, dessen Qualität und Ausfall, — zumal er ein unvertretbarer sein muss, — bei dem Kontraktschluss anders wie beim Kauf nicht einmal annähernd zu übersehen war. Daher muss man dem Unternehmer nicht nur das Recht auf körperliche Wegnahme, sondern auch auf die Anerkennung des *opus* als Erfüllung zugestehen. Beides zusammen bildet die Abnahme, d. h. die Annahme als Erfüllung.[30]) Damit ist jedoch keineswegs gesagt, dass die Genehmigung stets eine Billigung des Werkes im Sinne der Anerkennung seiner Fehlerlosigkeit enthalte.[31]) Vielmehr ist es sehr wohl denkbar, dass der Besteller aus irgend welchen Gründen eine nicht vertragsmässige Ware als Erfüllung annimmt, d. h. abnimmt. Wenn der Besteller nebenher Mängel des Werkes rügt, wird dadurch an dem Begriff und an der Thatsache der Annahme nichts geändert. Rügt er nicht ausdrücklich, so verzichtet er eben auf sein Recht aus § 638.[32]) Er nimmt das *opus* als Erfüllung an.

Mit Unrecht hat Cosack also eingewendet, Abnahme könne nicht Erfüllung sein. Sofern der Besteller ganz formlos eine Ausstellung mache, habe er nach dieser Begriffsbestimmung nicht abgenommen, er könne mithin — da die Verjährung der An-

---

[28]) Ebenso A.L.R. I, 11, 960, code civil. art. 1790, gemeinrechtlich war der Zeitpunkt des Gefahrüberganges streitig; vgl. Oertmann S. 367.

[29]) Die Gefahrtragung erstreckt sich natürlich nicht auf die vom Besteller gelieferten Materialien, s. Meisner S. 195 zu § 644.

[30]) So schon im r. R. l. 36 D. loc. cond. 19/2, welche zum Gefahrübergang *admetiri* und *adprobatio* fordert. Für das B.G.B. dem Texte entsprechend, so Planck Band II, S. 379 zu § 640 n. 1; Crome S. 313; Oertmann S. 341 zu § 640; Berndorff S. 113; Meisner S. 193 zu § 640 n. 1. — Anders Schollmeyer S. 55, der sie der Annahme gleichstellt und Cosack S. 521 n. 3, nach dem sie den der Ablieferung entsprechenden Begriff darstellt.

[31]) So auch Prot. S. 2217—2225; Landé zu § 363; Kuhlenbeck zu § 640; Leske S. 263.

[32]) Leske S. 263 (§ 640, Abs. 2); Oertmann S. 363 zu § 640.

sprüche wegen Mängel mit der Abnahme beginnt — den Lauf derselben beliebig hinausschieben.

Nimmt man den Begriff der Abnahme als körperliche Hinnahme und Anerkennung des Werkes als Erfüllung, so erklärt sich auch die Bestimmung des § 646, nach der bei solchen Werken, die ihrer Beschaffenheit nach eine Abnahme ausschliessen, an deren Stelle die Vollendung treten soll. Bei allen immateriellen Werken ist eine körperliche Hinwegnahme undenkbar. Der Abnahme fehlt ein wesentlicher Bestandteil. Deshalb kann bei ihnen auch nicht von einer Abnahme die Rede sein, sondern höchstens von einer Anerkennung als Erfüllung.[33])

Ausser im Falle der Abnahme und des Annahmeverzuges bestimmt § 644 Abs. 2 ausdrücklich, dass die Gefahr schon mit der Uebergabe an den Frachtführer auf den Besteller übergehen soll, wenn der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet.[34])

Ausserdem geht die Gefahr nach § 645[35]) auch noch vor der Abnahme auf den Besteller über, wenn Untergang, Verschlechterung oder Unausführbarkeit[36]) eintreten

a) infolge einer von dem Besteller gelieferten *materia ritiosa*, oder

b) infolge besonderer Anweisung.

In diesen Fällen hat der Unternehmer das seinerseits Erforderliche gethan. Der Besteller trägt daher die Gefahr, und zwar insofern, als der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen kann.

---

[33]) Cosack sieht in dem Begriff der Abnahme, der im Text vertreten wird, einen Widerspruch mit § 646, denn eine billigende Annahme sei stets möglich. Letzteres ist nicht zu bestreiten, wenn man sie gleich Anerkennung als Erfüllung setzt. Anerkennung als Erfüllung ist aber nicht Annahme als Erfüllung oder Abnahme. Es muss körperliche Wegnahme hinzukommen; vgl. Weyl S. 458.

[34]) Man hielt diese Bestimmung für nötig, da § 447 eine speziell aus dem Kauf sich ergebende Folgerung enthält. Dies ist irrig, da sich § 644, wie ausführlich gezeigt ist, aus allgemeinen Erwägungen ergiebt.

[35]) Nach Kuhlenbeck „zu § 645“ spricht dieser Paragraph von einem Unfall infolge Verschulden des Bestellers. Siehe dagegen Leske S. 265 und Oertmann S. 369 zu § 645 n. 1b u. 4; Meisner S. 195 zu § 645 n. 1.

[36]) Mit Ausnahme des Falles der Unausführbarkeit stimmen mit B.G.B. überein: Sächs. G.B. § 1248; Hess. Entw. Art. 242; Bayer. Entw. Art. 527; Dresd. Entw. Art. 647, während das gemeine Recht bei einer *vitiosa materia* und *vis maior* die Gefahr übergehen liess. Dernburg, Pand. II, S. 315.

Abgesehen von den genannten Ausnahmen hat der Unternehmer vor der Abnahme für jede Gefahr einzustehen. Es kommt nicht darauf an, ob die Unmöglichkeit der Leistung ihren Grund hat in einem Zufall, der die Person oder doch den Bereich des Bestellers trifft, oder ob der Zufall in der Sphäre des Werkmeisters entstanden ist, damit hat B.G.B. die sogenannte Sphärentheorie abgelehnt. Oertmann[37]) sieht darin eine besondere Benachteiligung der produktiven Stände. Man müsse hiernach, so führt er aus, selbst wenn der Zufall in der Sphäre des Bestellers entstand, auf Grund der §§ 323, 324 restlose Auflösung des Vertrages ohne Eintritt einer Entschädigung für den Werkmeister annehmen.

Eine wirkliche Härte scheint mir nur selten aus der Regelung des B.G.B. zu entspringen. Ich glaube vielmehr eine ausgedehnte Interpretation des § 645 wird fast stets zu einem der Sphärentheorie entsprechenden befriedigenden Resultate führen. Sollten aber einzelne Fälle vorkommen, in denen das nicht der Fall ist, so wird man das meines Erachtens immerhin der Rechtsunsicherheit vorziehen müssen, die — wie Crome trefflich nachgewiesen hat[38]) — durch Annahme der Sphärentheorie hervorgerufen worden wäre.

Hat z. B. der Besteller eines Porträts das Verlangen ausgesprochen, in seinem Hause dem Maler zu sitzen, und geht das Bild dort vor der Fertigstellung durch Feuer zu Grunde, so ist in dem Verlangen des Bestellers eine Anweisung zu erblicken, und § 645 weist ihm die Gefahr zu.

Hiergegen wendet Berndorff ein[39]), dass eine Anweisung nur als *causa* in Betracht komme. Eine *causa* liege aber nicht in dem Verlangen des Bestellers, in seinem Hause porträtiert zu werden. Ich nehme Anstand, dem beizustimmen. Ein Kausalnexus liegt vor, wenn ich mir eine Thatsache nicht hinwegdenken kann, ohne dass auch der Schaden wegfällt.[40]) Nun kann ich mir aber das Verlangen des Bestellers nicht hinwegdenken, ohne dass auch der Unfall wegfällt. Denn wäre das Verlangen nicht ausgesprochen, so hätte der Maler in seinem Hause porträtiert, und das im Hause des Bestellers entstandene Feuer hätte das Bild nicht vernichtet.

---

[37]) Oertmann in Grünhuts Zeitschrift Band XXIV, S. 68.
[38]) Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 318, 319.
[39]) Berndorff S. 122; ebenso Schollmeyer S. 56.
[40]) Aehnlich Endemann S. 568 und sein Beispiel S. 577 n 19a; auch Goose S. 198 n. 4; vgl. S. 55 u. 19 der Abhandlung.

Auf diese Weise werden nicht selten die scheinbaren Härten und damit die von Oertmann befürchteten Folgen beseitigt werden.

## § 27. Uneigentlicher Verwahrungsvertrag.

Der eigentliche Verwahrungsvertrag eignet sich nicht für unsere Frage. Der Depositar hat *eadem res* zurückzugeben, während Eigentum und Gefahr bei dem Deponenten bleiben.

Schon den Römern war jedoch als besondere Geschäftsart eine Modifikation geläufig, bei der es dem Depositar gestattet war, *tantumdem eiusdem generis* an Stelle der *eadem res* zurückzuerstatten. Viele[41]) sprechen zwar dem *depositum irregulare* die positive Geltung ab, aber es lässt sich nicht leugnen, dass schon die Römer[42]) das *depositum irregulare* als besondere Geschäftsform anerkannt haben. Zuzugeben ist, dass eine grosse Aehnlichkeit zwischen Darlehn und *depositum irregulare* besteht insofern als bei beiden Eigentum und Gefahr auf den Depositar übergeht, und er zur Leistung von *tantumdem eiusdem generis* verpflichtet ist.[43]) Daher hat es auch das B.G.B. in § 700 im allgemeinen den Bestimmungen über das Darlehn unterstellt. Besondere Festsetzungen bestehen jedoch — und das interessiert hier vor allem — für Ort und Zeit der Rückgabe.

Würde man auch hier die Analogie des Darlehns entscheiden lassen, so wäre der Depositar verpflichtet — wie schon oben ausgeführt wurde — die Sache dem Deponenten zu bringen oder auf eigene Gefahr zuzusenden. Dies ist für das Darlehn aus seinem Zweck und Wesen begründet.

Bei dem *depositum* würde es —, und hierin zeigt sich der Unterschied zwischen beiden Geschäften — augenscheinlich zu grossen Härten führen, da dieses zu Gunsten des Gläubigers, nicht wie jenes zu Gunsten des Schuldners eingegangen ist.

Der Schuldner wälzt die Gefahr auf den Gläubiger über, wenn er das seinerseits Erforderliche gethan hat (§ 243 Abs. 2). Das Depositum ist eine Holschuld, selbst bei Geldgeschäften.

---

[41]) Besonders Niemeyer in seiner Schrift *depositum irregulare,* in der er es dem Darlehn unterstellt.

[42]) l. 31 D. loc. cond. 19/2 und l. 24 D. eod. Ebenso Dernburg, Pandekten.

[43]) Dernburg, Pand. II, S. 252; Berndorff S. 138; Endemann Band I, S. 841; Oertmann S. 433 zu § 700; Scherer S. 977.

Folglich hat der Schuldner das Erforderliche gethan, und es geht die Gefahr über, wenn er die Sachen dem bei ihm erscheinenden Gläubiger, bei Versendungen dem Frachtführer übergiebt, oder wenn der Gläubiger infolge wörtlichen Angebots in Annahmeverzug gerät.

---

## § 28. Uneigentlicher Niessbrauch.

Der Niessbrauch, seinem Begriff nach eine Speziesschuld, tritt in der Gestalt des uneigentlichen Niessbrauchs oder *Quasius fruktus* als Genusschuld auf.

Werden nämlich verbrauchbare Sachen als Gegenstand des Niessbrauchs gegeben[44]), wie z. B. l. 15 D. de usufr. 7./1. Kleidungsstücke, so ist es klar, dass der Schuldner nicht *eadem res* zurückgeben kann. Er ist vielmehr verpflichtet, den Wert zurückzuerstatten. Demnach liegt eine Gattungsschuld vor. Dass der Usufrukt ein dingliches Recht ist, kann kein Einwand sein. Denn bei dem *Quasius fruktus* geht die Sache nach § 1067 in das Eigentum des Usufruktuars über. Der frühere Eigentümer giebt alle dinglichen Rechte auf und behält nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückerstattung des Wertes.

Bis zu welchem Zeitpunkt — das ist unsere Frage — trägt der Schuldner die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung?

Nach § 1067, vbd. mit § 243 Abs. 2 ist dies offenbar der Fall, bis er den Wert ersetzt hat, also regelmässig bis zur erfolgten Uebergabe. Sie wird am Wohnsitz oder dem Ort der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers zu erfolgen haben. Das ergiebt sich aus dem Charakter des Quasiusfruktus, als eines im Interesse des Schuldners geschlossenen Vertrages. Die Gefahr geht mithin bei Versendungen erst über mit der Annahme der Ware durch den Gläubiger oder, bei nicht erfolgter Annahme, nach § 293 mit dem realen Angebot bei dem Gläubiger.

---

[44]) Die praktische Bedeutung desselben dürfte sehr beschränkt sein, da — sofern es sich um vertretbare Sachen handelt — die Form des Darlehns, andernfalls der Pachtvertrag zumeist gewählt werden wird.

## § 29. Gattungsvermächtnis.

Zweifellos kann bei dem Vermächtnis, d. h. der letztwilligen Zuwendung eines Vermögensvorteils an einen anderen ohne dessen Erbeinsetzung[45]) eine nur der Gattung nach bestimmte Sache Gegenstand der Zuwendung sein, was im § 2155 ausdrücklich bestätigt wird.

Wann geht in diesem Falle die Gefahr auf den Vermächtnisnehmer über?

Auch hier lautet die Antwort: wenn der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche gethan hat.

Jedoch giebt es bei dem Gattungsvermächtnis eine eigenartige Ausnahme.

Während nämlich im allgemeinen wie bei allen bisher behandelten Gattungsschulden das Beiwort „solche“ auf den Absatz 1 des § 243 zu beziehen, und daher unter „solcher Sache“ eine nur der Gattung nach bestimmte Sache mittlerer Art und Güte zu verstehen war, ist bei dem Vermächtnis — als dem vermeintlichen Willen des Erblassers entsprechend — dem Erfordernis einer solchen Sache ein anderer Sinn beizulegen. Denn § 2155 bestimmt ausdrücklich, dass bei dem Gattungsvermächtnis eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten sei. So würde z. B. von drei Jagdgewehren, die sich in dem Nachlasse befinden und den drei Neffen des Testators vermacht sind, der Forstbeamte das beste, der Sonntagsjäger das nächstbeste und der des Schiessens unkundige Theologe das schlechteste zu erhalten haben.

Dementsprechend modifiziert sich auch das erste Erfordernis des Gefahrüberganges. Es genügt nicht, dass der Schuldner eine nur der Gattung nach bestimmte Sache mittlerer Art und Güte leistet, sondern er muss eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache leisten. Nur wenn sich hierfür aus den Thatumständen gar kein Anhalt gewinnen lässt, tritt subsidiär die allgemeine Regel ein.

Die zweite Voraussetzung des Gefahrüberganges ist auch hier, dass der Schuldner das seinerseits Erforderliche thun müsse.

Wann ist dies geschehen?

§ 2174 bestimmt:

> „Durch das Vermächtnis wird für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern“

---

[45]) Vgl. § 1939 B.G.B.

Hieraus folgt, dass der Beschwerte den Gegenstand auszuwählen und dem Gläubiger zu übergeben hat. Allerdings wird man auch hier als Ort der Uebergabe den Wohnsitz des Schuldners nehmen müssen. Denn die Zuwendung geschieht, wie schon der Name sagt, zu Lasten des Beschwerten, und es würde jedem gesunden Rechtsgefühl und gewiss dem Sinne des Gesetzes widersprechen, wenn man dem Schuldner ausserdem noch Pflicht und Gefahr des Bringens oder des Uebersendens aufbürden wollte.

Die Gefahr geht demnach auf den Bedachten über, wenn der Schuldner eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache diesem an dem eigenen Wohnsitz übergeben oder ihn nach § 295 durch Ausscheiden und durch wörtliches Angebot in Annahmeverzug versetzt, oder wenn er auf Wunsch des Bedachten die Sache einem Frachtführer u. s. w. zur Uebersendung ausgeliefert hat.

---

## § 30. Würdigung.

Die vorstehende Abhandlung hat die Frage nach den Voraussetzungen des Gefahrüberganges bei Gattungsschulden nach B.G.B. sowohl im allgemeinen wie für die einzelnen Typen der Gattungsschuldverhältnisse einer eingehenden Erörterung unterzogen.

Das in beiden Fällen gewonnene Resultat lässt sich zusammenfassen in die Regel:

> „Gefahrübertragend wirkt die Erfüllung und deren Surrogate (Verzug des Gläubigers und nachträglich eingetretene Gefahrerhöhung)."

Damit hat sich das Gesetz, wie schon erwähnt,[46]) zu der gleichen Ansicht bekannt, die Ihering in seiner Erfüllungstheorie niedergelegt und verteidigt hat.

Hieraus ergiebt sich für den jetzigen Rechtszustand zunächst, dass die Vorschrift des B.G.B. dem bisher geltenden Recht gegenüber keine Neuerung bedeutet. Denn schon am Schlusse der dogmengeschichtlichen Entwickelung[47]) fanden wir die Iheringsche Lehre in fast allen geltenden Gesetzen wie auch von der Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller vertreten.

---

[46]) Vgl. S. 26 der Abhandlung.
[47]) Vgl. § 6 der Abhandlung.

Aus der Uebereinstimmung des B.G.B. mit Ihering aber folgt weiter, dass die Bestimmung des § 243 Abs. 2 eine zweckentsprechende ist, die sich auch in dem wachsenden Verkehrsleben und gegenüber den hiermit steigenden Anforderungen an die Rechtsordnung bewähren wird. Denn mit der Annahme der Iheringschen Ansicht hat das B.G.B. die praktischen wie theoretischen Mängel vermieden, die allen anderen Theorien in mehr oder weniger hohem Grade anhaften. Was uns oben[48]) bestimmte, der Iheringschen Lehre den Vorzug zu geben, gilt in gleicher Weise von der Regelung der Gefahrfrage im B.G.B. Es macht daher der Hinweis auf das dort Ausgeführte eine eingehende Kritik an dieser Stelle unnötig.

Dennoch scheint es mir, aus einem anderen Grunde, geboten, kurz in eine Würdigung unserer Vorschrift einzutreten.

Bei der Behandlung der einzelnen Typen der Gattungsschuld ergab sich nämlich, dass hinsichtlich des Zeitpunktes des Gefahrüberganges die gleichen Vorschriften für Spezies- und Gattungsschulden gelten.

Es könnten infolgedessen Bedenken gegen die Notwendigkeit einer besonderen Vorschrift für den Gefahrübergang bei Gattungsschulden wie auch gegen ihre Zweckmässigkeit erhoben werden.

Die Frage, ob die Bestimmung des § 243 Abs. 2 notwendig war, ist zweifellos zu bejahen. Zwar hätte der Fortfall des § 243 Abs. 2 an dem Zeitpunkte des Gefahrüberganges nichts geändert. Jedoch würde dadurch die Hauptkontroverse des gemeinen Rechts unbeantwortet geblieben sein, ob Ausscheidung des Leistungsobjekts zum Gefahrübergange wesentlich sei oder nicht. Der § 243 Abs. 2 ist demnach notwendig.

Mit mehr Recht als die Notwendigkeit scheint durch die Gleichheit des gefahrübertragenden Moments bei Spezies- und Gattungsschulden allerdings die Zweckmässigkeit des § 243 Abs. 2 in Frage gestellt. Denn es unterliegt keinem Zweifel, dass bei Speziesschulden der Uebergang der Gefahr mit der Uebergabe der Sache den Verkäufer schlechter stellt, als dies durch den Satz: *periculum est emptoris* im gemeinen Recht geschah. Vom Abschluss des Vertrages ab bietet der Kaufgegenstand dem Verkäufer keine Erwerbsmöglichkeit, da dieser ihn für den Käufer aufheben muss.[49]) Die Forderung auf den Kaufpreis ist ebenfalls nicht verwertbar, weil sie jederzeit durch den

---

[48]) **Vgl. § 5. der Abhandlung.**

[49]) **Hierfür und für das folgende vgl. Leonhard S. 63.**

zufälligen Untergang des verkauften Gegenstandes vereitelt werden kann, und Niemand dem Verkäufer auf eine derartig unsichere Forderung Kredit gewähren wird. Dieser Uebelstand, der bei den Römern zu dem bekannten Rechtssatze: *periculum est emptoris* führte und so dem Verkäufer vom Vertragsschlusse ab einen festen, verwertbaren Anspruch auf den Kaufpreis gab, hindert zweifellos den Abschluss der im Grosshandel wie im Verkehr zwischen Konsumenten und Produzenten unentbehrlichen Termingeschäfte, wenn ihm das heutige Recht auch in der Versicherung der Ware gegen Unfälle und in der Bezahlung des Kaufpreises durch Wechsel Hilfsmittel bietet.

Sollte eine gleiche Unbilligkeit nicht auch in der für Gattungsschulden getroffenen Regelung der Gefahrfrage liegen?

Meines Erachtens nein! oder doch nur in verschwindend geringem Masse.

Gewiss bietet auch bei ihnen die Forderung auf die Gegenleistung keine absolute Sicherheit. Auch bei ihnen trägt ja die Gefahr der Schuldner. Dennoch ist die Sicherheit eine unvergleichlich grössere als bei Speziesschulden. Die Existenz der Gegenforderung hängt bei diesen ab von dem Fortbestehen eines bestimmten Gegenstandes. Bei Gattungsschulden dagegen geht sie nur durch den Untergang der Gattung verloren und *genus perire non censetur*, ein Satz, der, wenn auch nicht stets, so doch für die meisten Fälle zutrifft.

Ist somit einesteils die Forderung auf die Gegenleistung wegen der grösseren Sicherheit eher verwertbar als bei der Speziesschuld, so wird der Schuldner durch den Abschluss einer Gattungsschuld andererseits in der Verfügung nicht so beschränkt wie bei jener. Denn durch den Abschluss des Vertrages wird kein bestimmtes Objekt zum Gegenstande der Obligation gemacht. Der Pferdehändler, welcher einen Trakehner Hengst zu liefern sich verpflichtet hat, kann über die zur Zeit des Abschlusses in seinem Eigentum befindlichen Tiere völlig frei verfügen. Er hat ja nur ein Pferd der genannten Rasse, nicht aber eins der ihm gerade gehörenden zu leisten. Erst mit der Konzentration wird ein bestimmtes Tier zum Gegenstande der Obligation gemacht; dann wird der Schuldner allerdings in der Verfügung über dieses in gleicher Weise beschränkt wie bei der Speziesschuld. Die hiermit eintretende Verfügungsbeschränkung verliert also an Härte, weil im Augenblick ihres Eintritts — mit der Konzentration — auch die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, und dadurch der Anspruch auf die Gegenforderung gewährleistet und verwertbar wird.

Die Mängel, welche der Vorschrift über den Gefahrübergang bei Speziesschulden anhaften, werden also durch den Charakter der Gattungsschuld beseitigt, und es lassen sich aus der Gleichheit der Regelung der Gefahrfrage für Spezies- und Gattungsschulden weder gegen die Notwendigkeit des § 243 Abs. 2 noch gegen seine Zweckmässigkeit berechtigte Bedenken herleiten.

# Lebenslauf.

Am 2. Juli 1876 zu Suhl in Thüringen als Sohn des jetzigen Rechnungsrats im Kriegsministerium August Cuno und seiner Ehefrau Catharina Daske geboren, katholischer Religion, besuchte ich die Gymnasien in Königsberg i. Pr., Berlin, Venlo und Paderborn i. W. An Letzterem bestand ich am 8. März 1897 das Abiturientenexamen. Ich studierte darauf an den Universitäten Berlin und Heidelberg Rechts- und Staatswissenschaften und hörte bei den Professoren bezw. Privatdozenten:

Pernice, Gierke, Eck, Brunner, Dernburg, Seckel, Dambach, Karlowa, Oertmann, Kohler, Hübler, Schwartz, Bornhak, Wagner, Schmoller, v. Liszt und Lasson

Vorlesungen.

Am 29. Juni 1900 bestand ich am Königlichen Kammergericht in Berlin die erste juristische Staatsprüfung mit „gut", wurde am 4. Juli 1900 zum Referendar ernannt und dem Königlichen Amtsgericht in Freienwalde a. O. zur Beschäftigung überwiesen. Am 16. Juli 1900 legte ich vor der Juristenfakultät der Königlichen Universität Breslau das *Examen rigorosum* ab.

Zur Zeit bin ich bei dem Königlichen Landgericht II in Berlin beschäftigt.

Druck von Wilhelm Pilz, Berlin N.O., Landsbergerstrasse 108